

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE DE DIREITO**

EDUARDO CARDOSO DOS SANTOS

**CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: O REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÃO E A LEI Nº 8.666/93.**

**NATAL/RN
2013**

EDUARDO CARDOSO DOS SANTOS

**CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: O REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÃO E A LEI Nº 8.666/93.**

Monografia apresentada como exigência parcial
para obtenção do grau de bacharel em Direito,
sob a orientação do Professor Dr. David de
Medeiros Leite.

NATAL/RN
2013

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Santos, Eduardo Cardoso dos

Contratações públicas: o regime diferenciado de contratação e a Lei nº 8.666/93. / Eduardo Cardoso dos Santos. – Natal, RN, 2013.

64f.

Orientador(a): Prof. Dr. David de Medeiros Leite.

Monografia (Bacharel). Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.
Campus de Natal. Faculdade de Direito.

Bibliotecária: Jocelania Marinho Maia de Oliveira CRB 15 / 319

EDUARDO CARDOSO DOS SANTOS

**CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: O REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÃO E A LEI Nº 8.666/93.**

BANCA EXAMINADORA:

PROF.Dr. David de Medeiros Leite
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROF. Ms. Claudomiro Batista de Oliveira Júnior
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROF. Esp. Eduardo Cunha Alves Sena
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

DATA DA APROVAÇÃO: 22/08/2013

RESUMO

As contratações públicas passam por uma fase de grandes mudanças, sobretudo com os grandes eventos que se aproximam e a necessidade de a administração Pública dar respostas rápidas para conseguir executar obras de grande vulto num pequeno espaço de tempo sem comprometer a realização destes eventos. O presente estudo visa analisar, de acordo com as normas vigentes, às ferramentas utilizadas pela Administração Pública, qual seja o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), para a realização de todas as obras necessárias e que o Estado brasileiro se comprometeu quando assinou os cadernos de encargos com as respectivas organizadoras. Para fazer tal análise, o estudo utiliza o método dedutivo, pois parte de uma ideia geral até chegar a uma particularidade, através de pesquisas bibliográficas e doutrinárias, assim como analisando todo o nosso ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional, sobretudo no que diz respeito às leis sobre contratações públicas. O resultado mostra que a ferramenta utilizada pelo Estado na consecução das obras mencionadas, em que pese ter seu processo legislativo contestado, mostrou-se e mostra-se perfeitamente recebido pela Carta Constitucional e traz em seu arcabouço novas técnicas para contratações públicas mais rápidas e econômicas fortalecendo o princípio da eficiência na Administração Pública inserido no nosso Texto Constitucional.

Palavras chave: Administração Pública. Contratações públicas. RDC.

ABSTRACT

The government contracts go through a phase of great change, especially with big events approaching and the need for the Public Administration to respond rapidly to be able to execute works in large projects in a short time without compromising the achievement of these events. This study aims to analyze, in accordance with current laws, the tools used by the Public Administration, which is Contracts Differentiate Rule (CDR), to carry out all necessary works and that the Brazilian Government undertook when it signed the contract charges with the respective organizers. To do this analysis, the study uses the deductive method, that goes of a general idea until reaches a particularity one, through literature and doctrinal searches as well as analyzing all our constitutional and under constitutional laws, especially with regard to the laws on public contracts. The result shows that the tool used by the State in achieving the before mentioned works, despite having its legislative process disputed, it showed up and shows up perfectly received by the Constitutional Charter and brings new technical frameworks for faster and most economical public contracts strengthening the principle of efficiency in Public Administration inserted in our Constitutional Text.

Keywords: Public Administration. Public contracts. CDR.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	10
1.1. Princípios Constitucionais da Administração Pública	13
1.1.1. Princípio da legalidade	14
1.1.2. Princípio da impessoalidade	15
1.1.3. Princípio da moralidade	15
1.1.4. Princípio da publicidade	17
1.1.5. Princípio da eficiência	19
1.2. Outros princípios norteadores da Administração Pública	20
2. LICITAÇÕES PÚBLICAS	22
2.1. A Lei nº 8.666/93	24
2.1.1. Princípios da licitação	26
2.1.2. Obrigatoriedade e exceções ao dever de licitar	31
2.1.3. Modalidades de licitação	34
2.1.4. Fases da licitação	36
3. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO	41
3.1. Questionamentos sobre a formulação da Lei nº 12.462/2011 e os instrumentos trazidos	42
3.2. Aplicabilidade	45
3.3. Inovações ao sistema de contratações públicas	47
3.3.1. Contratação integrada	47
3.3.2. O sigilo orçamentário	50
3.3.3. A remuneração variável	52
3.3.4. Habilitação pós-julgamento	55
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62

INTRODUÇÃO

Nosso País, nos últimos vinte anos, passou por um profundo crescimento econômico e social até certo ponto, convergindo para carregarmos o nome de País emergente e figurando com destaque no mundo globalizado.

Toda essa mudança de um País subdesenvolvido para um País emergente colocou-nos no patamar de pleitear certas possibilidades e até de figurar entre os países mais importantes na tomada de decisões mundiais seja no enfoque econômico, social ou de desenvolvimento.

Também vale ressaltar o lastro da economia interna e toda a pujança de um País continental com todo o mercado interno ávido para consumir produtos das mais variadas espécies, causando ânimo em mercados exportadores com economia interna saturada.

Todo esse sentimento de otimismo, por assim dizer, com o Brasil possibilitou que nosso País se habilitasse a sediar grandes eventos, a saber, Copa das Confederações 2013, Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas 2016.

Ao se habilitar, o Brasil assumiu um caderno de encargos em que se obriga a executar várias obras de grande porte tais como estádios, infraestrutura de transporte terrestre e aéreo e outras obras públicas para fazer frente às necessidades destes grandes eventos e deixar um legado para a nossa sociedade.

O universo de tais obras em nosso País cresceu, quando comparado aos demais países que sediaram estes grandes eventos, pois temos um País de dimensões continentais e o País quis atender, da melhor maneira possível, todos os rincões desta Nação colocando, por exemplo, doze sedes para a Copa do Mundo de 2014.

Claro que todos os investimentos alinhados para execução destas obras serão retornados ao País em forma de oportunidades econômicas, podendo gerar novo surto de crescimento e nos colocar de vez entre as nações desenvolvidas.

A motivação sociopolítica para a realização destes eventos passa, principalmente, pelo apelo popular e como parte da cultura brasileira da qual o futebol é inerente e que caracteriza nosso povo frente às outras sociedades do mundo.

O presente trabalho abordará o instrumento que foi criado para suportar a execução das obras necessárias, a saber, o Regime Diferenciado de Contratações Lei nº 12.462/2011 e seu funcionamento em nosso ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

Primeiramente é dizer que mais uma vez a Administração Pública abriu mão de uma de suas prerrogativas, o planejamento, pois desde 2007 que todos sabiam da necessidade de execução de tais obras, bem como tempo hábil para verificar se os mecanismos existentes à época seriam suficientes para o trabalho de planejamento, programação e execução das obras.

Por outro lado, em que pese a Administração optar por novo mecanismo na condução das obras dos megaeventos, a lei aqui estudada só foi promulgada em 2011, dois anos antes do primeiro evento, a Copa das Confederações. Ou seja, não tivemos planejamento nem para nova lei.

Nosso trabalho questionará a legalidade do RDC, pois o mesmo foi concebido sob o aproveitamento da Medida Provisória que tratava da criação da Secretaria de Aviação Civil e constam no Supremo Tribunal Federal duas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidades (ADIs) 4.645 e 4.655 contestando o processo legislativo e a suposta usurpação da competência do Poder Executivo na confecção da mencionada lei.

Outra questão que está problematizada é se a Lei nº 8.666/93 não tinha mecanismos suficientes para a construção das obras dos eventos em tela e se o RDC não conflita com esta lei, já que é tida como lei geral de licitações e contratos administrativos. Caso o RDC não conflite com Lei nº 8.666/93 ou seus mecanismos não atendessem aos objetivos, por que simplesmente não modernizar esta lei?

Em que pese estas problematizações, o RDC traz ao nosso ordenamento administrativista, com foco em licitações e contratos, novos mecanismos até então rejeitados pelos nossos doutrinadores e administradores públicos e que tais mecanismos, sobretudo, tentam dar mais celeridade e eficiência às contratações a partir de então.

Dizemos a partir de então, pois a Administração Pública incluiu no RDC obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e do Sistema Único de Saúde, ou seja, a Administração está deixando de lado a Lei nº 8.666/93 e inserindo os mecanismos do RDC em novas contratações de obras públicas.

O que demonstra na informação acima é que a temporariedade, que era característica do RDC inicialmente, já que foi promulgado para atender eventos certos, deixou de ser observada e o instrumento segue sendo o escolhido em obras no País todo.

O método de abordagem científica a ser utilizado neste trabalho será o dedutivo, pois partiremos da ideia generalizada no tópico das contratações públicas até chegarmos a uma questão particularizada que é a análise do RDC frente ao ordenamento normativo para a contratação de obras públicas.

Para dar suporte a nossa análise, nos serviremos da pesquisa bibliográfica em textos doutrinários, constitucionais e infraconstitucionais, revistas de direito público e artigos científicos publicados sempre com análise crítica das obras.

Não temos, no entanto, pretensão de esgotar o assunto, principalmente porque não há ainda decisão de nossa Egrégia Corte sobre as ADIs, em que pese a maioria das obras para os eventos citados estarem finalizadas ou em fase de acabamento e não vislumbramos qualquer entendimento doutrinário que vá de encontro a finalização ou até sugiram a paralisação das mesmas.

Nossa preocupação é quanto à insegurança jurídica que a análise destas ADIs traz para contratantes e contratados e à Administração Pública de um modo geral, já que se trata de obras de grande valor econômico.

Em vista disso, trataremos com muito foco a questão da legalidade na confecção da Lei nº 12.462/2011 e o seu comportamento dentro de nosso ordenamento jurídico.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para falarmos em Administração Pública temos que antes falarmos do direito administrativo norteador que é da atividade administrativa.

Segundo Marçal Justen Filho¹:

O direito administrativo é o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.

Do postulado acima, retiramos a essencialidade das normas administrativas na consecução dos direitos fundamentais através da coação dos administrados e a caracterizar a natureza procedimental na atuação administrativa.

Há ainda que se destacar a natureza administrativa da atividade regulada pelo direito administrativo, pois distinta que é das atividades estatais de jurisdição e legislativa em seu modo de desenvolvimento.

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro ela define o direito administrativo como²:

Ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes, e pessoas jurídicas administrativas que integram a administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins de natureza pública.

A eminente professora da Universidade de São Paulo classificou o direito administrativo utilizando-se dos critérios subjetivos e objetivos da Administração Pública, ou seja, levando-se mais em conta a própria atividade administrativa com seus agentes e os bens que produzem.

Já com alguns conceitos do direito administrativo partiremos para a definição de Administração Pública.

No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a Administração Pública pode ser expressa em dois sentidos mais comumente utilizados³:

- Em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
- Em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração

¹FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. Rev. Ampl. e Atual. Belo Horizonte. Fórum, 2012.P.68.

²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.p.52.

³Ibid., p. 54.

Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao poder executivo;

Ainda sobre o tema, esclarece a eminente Professora que, a partir da ideia de que administrar compreende planejar e executar há ainda outra distinção:

- Em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a Administração Pública compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa;
- Em sentido estrito, a Administração Pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política;

Em que pese termos em nosso País o sistema tripartite de poder (executivo, legislativo e judiciário) não há funções absolutas, mas relativas, pois cada poder, de alguma forma, executa funções de outros poderes, assim mencionando que cada um deles executa a função administrativa, seja ela interna ou externamente, daí verificar-se que a função administrativa não é exclusiva do poder executivo.

Apesar do acima mencionado, o sistema de pesos e contrapesos impede a intromissão de um poder em outro, como no dizer de Marçal Justen Filho⁴:

A separação de poderes impede que a atividade administrativa se desenvolva sem vinculação à lei. Em virtude da distinção entre legislação e administração, surge impedimento a que a atividade administrativa produza normas equivalentes às leis.

Ademais disso, a atividade administrativa é subordinada a uma série de controles reservados constitucionalmente ao Legislativo. Essa função de fiscalização e controle é desempenhada também pelo Tribunal de Contas.

Rigorosamente, não existe em nosso sistema um regime de reserva da atividade administrativa, expressão que indica a existência de limites à disciplina legislativa e à vedação à intromissão do Legislativo em certos temas administrativos.

Ademais disso, a separação dos poderes subordina a Administração Pública ao controle jurisdicional. Os atos administrativos podem ser revistos pelo judiciário, cabendo discutir adiante os limites da avaliação judicial sobre o chamado mérito do ato administrativo. No entanto, isso não autoriza que o Poder Judiciário assumam competências de natureza administrativas.

⁴FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. Rev. Ampl. e Atual. Belo Horizonte. Fórum, 2012.P.95-96.

E ainda, na decisão abaixo, a nossa Corte suprema vem confirmar a independência dos poderes:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.449/04 DO DISTRITO FEDERAL. PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE ÁGUA, LUZ, GÁS, TV A CABO E TELEFONIA. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR E PRESTAR OS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E ENERGIA ELÉTRICA (CF, ART. 21, XI E XII, 'b', E 22, IV). FIXAÇÃO DA POLÍTICA TARIFÁRIA COMO PRERROGATIVA INERENTE À TITULARIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, III). AFASTAMENTO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CONSUMO (CF, ART. 24, V E VII). USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS CUJO REGIME GUARDA DISTINÇÃO COM A FIGURA DO CONSUMIDOR (CF, ART. 175, PARÁGRAFO ÚNICO, II). PRECEDENTES. SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E GÁS. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO (CF, ART. 2º). PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.3.449CF21XIXIICF175PARÁGRAFOÚNICOIIICF24VVIIICF175PARAGRÁFOÚNICOIICF2º.

1. O sistema federativo instituído pela Constituição Federal de 1988 torna inequívoco que cabe à União a competência legislativa e administrativa para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (CF, arts. 21, XI e XII, 'b', e 22, IV).Constituição FederalCF21XIXII2. A Lei nº 3.449/04 do Distrito Federal, ao proibir a cobrança da tarifa de assinatura básica "pelas concessionárias prestadoras de serviços de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia no Distrito Federal" (art. 1º, caput), incorreu em inconstitucionalidade formal, porquanto necessariamente inserida a fixação da "política tarifária" no âmbito de poderes inerentes à titularidade de determinado serviço público, como prevê o art. 175, parágrafo único, III, da Constituição, elemento indispensável para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, por consequência, da manutenção do próprio sistema de prestação da atividade.175parágrafo únicoIIIConstituição3. Inexiste, in casu, suposto respaldo para o diploma impugnado na competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (CF, art. 24, V e VII), cuja interpretação não pode conduzir à frustração da teleologia da referida regra expressa contida no art. 175, parágrafo único, III, da CF, descabendo, ademais, a aproximação entre as figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos, já que o regime jurídico deste último, além de informado pela lógica da solidariedade social (CF, art. 3º, I), encontra sede específica na cláusula "direitos dos usuários" prevista no art. 175, parágrafo único, II, da Constituição.CF24VVII175parágrafo únicoIIICFCF3ºI175parágrafo únicoIIConstituição4. Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (CF, art. 22, IV), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público.CF2ºCF22IV5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

(3343 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 01/09/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-221 DIVULG 21-11-2011 PUBLIC 22-11-2011 EMENT VOL-02630-01 PP-00001)

Desse modo, apesar dos sistemas de controle de um poder sobre o outro e a possibilidade da execução da atividade administrativa em cada um Deles, podemos dizer que a abrangência da expressão Administração Pública contempla os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ainda no dizer do Professor Marçal, poderemos conceituar a Administração Pública sob três enfoques⁵:

Numa acepção subjetiva, Administração Pública é o Conjunto de pessoas, públicas e privadas, e de órgãos que exercitem a atividade administrativa.

Em sentido objetivo, Administração Pública é o Conjunto dos bens e direitos necessários ao desempenho da função administrativa.

Sob enfoque funcional, a Administração Pública é uma espécie de atividade, caracterizada pela adoção de providências de diversa natureza, visando à satisfação imediata dos direitos fundamentais.

A partir de uma visão mais globalizada Helly Lopes Meireles assevera “a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.”⁶

Diante destes três conceitos asseverados pelos mestres acima mencionados podemos nos atrever a conceituar Administração Pública como o conjunto de seres humanos, bens e serviços capazes de por em prática atos de execução que possibilitem a satisfação das necessidades da coletividade, sobretudo dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado.

1.1. Princípios Constitucionais da Administração Pública

Os princípios constitucionais da Administração Pública insculpidos em nossa Carta Maior são expostos explicitamente em seu art. 37 *verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte(...)

Além dos princípios acima explicitados, nossa doutrina pátria elenca outros mais que a Administração Pública deve obedecer. Há grande congruência entre os doutrinadores,

⁵FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. Rev. Ampl. e Atual. Belo Horizonte. Fórum, 2012.P.226.

⁶MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo. Malheiros, 2007.p.64-65.

mas com alguma divergência, seja na conceituação ou na inclusão de um ou outro princípio, os quais serão vistos em tópico próprio mais adiante.

1.1.1. Princípio da legalidade

Princípio de maior peso num Estado Democrático de Direito, pois só é de Direito um Estado que obedeça integralmente seu ordenamento jurídico. Em nosso ordenamento ele aparece na Carta de 1988 em seu inciso II do art. 5º e de forma lato indica que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Tal princípio será de suma importância no presente estudo, pois dá todo respaldo na execução da Administração Pública em todos os seus atos. Se o cidadão comum pode fazer tudo que a lei não veda, a Administração Pública só pode fazer o que estiver estritamente previsto nela, em que pese alguns atos estejam contemplados com a discricionariedade, esta deve estar prevista e deve sempre ser motivada.

Seus atos têm que estar sempre pautados na legislação. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Melo⁷:

(...)o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Ela deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, referentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro.

E por Hely Lopes Meirelles “a lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.⁸

De tal princípio infere-se que os atos praticados pela Administração Pública em desacordo com a lei deverão ser considerados inválidos pelo próprio ente administrativo ou pelo controle judiciário já referendado no item 1.

Esta legalidade não está adstrita somente à lei, mas também a todo o ordenamento jurídico e aos atos normativos da própria Administração, portarias, instruções normativas, pareceres, etc.

⁷DE MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. Rev. e Atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2013.P.104.

⁸MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo. Malheiros, 2007.p.87-88.

1.1.2. Princípio da impessoalidade

A Administração Pública em todos os seus atos deve buscar atender a toda a coletividade e não a certos membros, ou seja, os gestores públicos não devem agradar a alguns em detrimento dos demais. Ademais estes mesmos gestores devem se esquivar de quaisquer promoções pessoais e atender sempre o interesse público.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro há dois sentidos guardados neste princípio⁹:

O princípio se relaciona com a finalidade pública, desse modo a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é o interesse público que deve nortear seu comportamento. Por outro lado, os atos e provimentos administrativos não se relacionam com a pessoa que está ocupando um determinado cargo no momento, mas se relaciona diretamente com o órgão que se manifesta.

Para outros doutrinadores como Hely Lopes Meirelles tal princípio se confunde com o próprio princípio da finalidade pública assim¹⁰:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

Das posições doutrinárias acima devemos retirar e aprender que a Administração Pública deve ser feita para a coletividade e não para promoção e benefício de alguns e não desvirtuando a lei. Tal desvio de finalidade ocorre com frequência em ano eleitoral quando, em vias de eleição ou reeleição, os candidatos tomam para si determinadas obras e serviços executados em suas administrações ou legislaturas.

Ou seja, ferramentas para se coibir tais desvios de finalidade existe em nosso ordenamento basta pô-las em prática, mas deixemos para outros trabalhos sobre o tema, pois estamos buscando aqui demonstrar como devem agir administradores e administrados para os fins deste trabalho.

1.1.3. Princípio da moralidade

Aqui falamos da moral administrativa, divergindo da moral comum, pois que jurídica, fazendo assim um alicerce para a invalidação de atos administrativos quando eivados do vício da imoralidade. Ou seja, adentra o mérito de validade do ato executado sendo um de seus requisitos.

⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.p.71.

¹⁰MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo. Malheiros, 2007.p.91.

Ele assume foros de pauta jurídica no assim dizer de Celso Antônio bandeira de Mello¹¹:

(...) a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita à conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.

Já para o mestre Hely Lopes Meirelles citando Judith Martins Costa tal princípio pode se comparar ao princípio da boa-fé da relação contratual privada assim sendo¹²:

De certa forma a moralidade se compara à “boa-fé objetiva” do Direito Privado, na qual é vista como uma “norma de comportamento leal” ou um “modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico”, ao qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta, “obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”.

Alguns autores indicam que a imoralidade está na intenção do agente, convergindo para o desvio de poder, contra os fins do ato administrativo, caracterizando assim a ilegalidade. Esta ilegalidade deve ser analisada tanto interna como externamente e neste último se dá seu controle pelo judiciário, no dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³:

(...)com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O direito ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral.

A nossa Carta Maior cuidou da moralidade administrativa em diversos dispositivos como vemos no art. 37 em seu § 4º, *verbis*:

Art. 37. omissis.

(...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Ademais, ainda tratou nossa Constituição em respeito à moralidade administrativa quando caracteriza como crime de responsabilidade do Presidente da República atos que vão de encontro à probidade administrativa.

¹¹DE MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. Rev. e Atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2013.P.122.

¹²COSTA apud MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo. Malheiros, 2007.p.91.

¹³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.p.71.

Portanto, por mais que determinados atos administrativos, ainda que estejam dentro das formalidades, feitos por pessoas com a competência necessária e dentro de estrita legalidade, estes atos podem e devem ser analisados à luz da moralidade, seja por controle interno ou externo do mesmo poder ou de outros poderes através do Tribunal de Contas da União ou o próprio poder judiciário.

Além destes controles, a Ação Popular também contempla o poder de controle judicial com a intervenção de qualquer cidadão.

1.1.4. Princípio da publicidade

Tal princípio traz em seu objeto a divulgação mais ampla possível dos atos executados pela Administração Pública. A transparência também entra no bojo deste princípio, derivada que é do princípio da indisponibilidade do interesse público uma vez que qualquer do povo pode ter acesso a informações públicas de seu interesse.

O nosso ordenamento jurídico tem vasta previsão do princípio em tela como na Lei nº 12.527/2011, lei de acesso à informação, e nos arts. 37, *caput* e 5º nos incisos XXXIII e XXXIV, b. Para o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello trata-se do dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos e ainda¹⁴:

“(…)Não pode haver em um Estado democrático de Direito, no qual o poder reside no povo(art. 1º,parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.”

No entanto, tal princípio não tem caráter absoluto, pois há informações administrativas com as divulgações restritas. São os casos de informações que poderiam prejudicar a segurança interna e informações de pessoas públicas quando a serviço do Estado Brasileiro como se infere do inciso XXXIII, do art. 5º, *verbis*:

Art. 5º. omissis.

(…)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

¹⁴DE MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. Rev. e Atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2013.P.117.

A aplicabilidade do princípio da publicidade foi extensivamente questionada quando da edição da Lei 12.527, pois em seu texto traz a divulgação da remuneração dos servidores públicos que foi atacada no quesito da invasão da privacidade destes servidores, mas que nossa Corte Maior decidiu de forma que a divulgação dos salários deve ser feita sem restrição como segue:

Ementa: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃOS QUE IMPEDIAM A DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES FUNCIONAIS DE SERVIDORES PÚBLICOS, INCLUSIVE A RESPECTIVA REMUNERAÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA DE SUSPENSÃO PELO PRESIDENTE DO STF. AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS, NELES EMBUTIDA A FOLHA DE PAGAMENTO DE ÓRGÃOS E ENTIDADES PÚBLICAS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECONHECIMENTO DE VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDOR PÚBLICO. AGRAVOS DESPROVIDOS. 1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo “nessa qualidade” (§6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O “como” se administra a coisa pública a preponderar sobre o “quem” administra – falaria Norberto Bobbio -, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos.

(SS 3902 AgR-segundo, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2011, DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-01 PP-00055 RTJ VOL-00220- PP-00149)

Como se verifica a publicidade de informações sobre atos administrativos executados toma grande relevância. Ademais, tal previsibilidade é na verdade requisito de eficácia do próprio ato administrativo, ou seja, o ato administrativo quando ainda não publicado não gera efeitos, na verdade não é considerado perfeito.

1.1.5. Princípio da eficiência

Princípio relativamente novo em nosso ordenamento constitucional, pois foi introduzido em pela EC 19/1998, traz consigo uma das grandes aspirações dos cidadãos, a eficiência dos serviços prestados pela administração Pública.

Em que pese à ausência explícita de tal princípio em nossa Carta Maior, doutrinadores entendiam que estava implícito, já que não cabe prestação de serviços públicos sem que seja observado o cuidado necessário para que estes serviços satisfaçam integralmente a coletividade, no dizer de Hely Lopes Meirelles¹⁵:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Guindado que foi a mandamento constitucional, tal princípio pelo menos acalenta os cidadãos no provir, pois passa a ser dever da Administração respeitá-lo na prestação dos serviços, sob pena de responsabilização dos agentes públicos que, por ventura, vierem a violá-lo. Para a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro o mencionado princípio comporta dois aspectos¹⁶:

- Pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados;
- E em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público;

Ainda no escalar de sua importância, tal princípio foi alçado à categoria dos direitos fundamentais quando da edição da EC 45/2004 que tratou da reforma do judiciário.

Art. 5º. omissis.

(...)

¹⁵MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo. Malheiros, 2007.p.96.

¹⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.p.83.

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Entende os doutrinadores que o inciso LXXVIII acrescentado pela EC 45/2004 no art. 5º tem em seu corolário o princípio da eficiência, pois vai ao encontro da necessidade que os cidadãos têm quando acessam a justiça e querem que seus processos sejam apreciados com celeridade e efetividade.

No entanto, ao analisarem o desrespeito ao princípio da eficiência, os responsáveis por este controle devem ter o cuidado necessário, pois a causa é deveras complexa e cabe necessariamente analisar as prioridades e diretrizes da Administração bem como a disponibilidade de recursos para suprir as demandas, sem com isso deixar de buscar a efetivação tal princípio.

1.2. Outros princípios norteadores da Administração Pública

Em que pese o *caput* do art. 37 da Constituição trazer explicitamente quais princípios a Administração Pública deve seguir quando da emanção de quaisquer atos administrativos, a doutrina pátria elenca vários outros princípios que devem nortear a execução da Administração.

Como não é o objetivo do presente trabalho não iremos aqui exaurir os demais princípios norteadores da Administração Pública, preferimos apenas citá-los a não ser o da supremacia do interesse público sobre o privado, já que parte da própria definição de Estado.

Tal princípio assegura ao Estado diversas atuações que indicam a subordinação do interesse privado ao público. Para o trabalho em tela só nos interessa suas consequências na esfera Administrativa como no dizer do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente, ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa.

¹⁷DE MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. Rev. e Atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2013.P.99.

É inerente a função estatal como diz Hely Lopes Meirelles “(...) é inerente a atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral.¹⁸”

Deságua do princípio da supremacia do interesse público o da indisponibilidade do interesse público, pois a Administração Pública não pode dispor nem renunciar a poderes que a lei delegou a tutela.

Podemos citar mais princípios como a razoabilidade ou proporcionalidade que objetiva aferir a compatibilidade entre meio e fins na execução da atividade administrativa. O princípio da motivação que vai de encontro à vontade do Estado absolutista e é requisito do ato administrativo.

Temos ainda o princípio da ampla defesa e do contraditório que deve ser respeitado em todo o processo administrativo e principalmente no processo administrativo disciplinar que apura responsabilidades dos agentes públicos, colocando a disposição dos litigantes todos os meios e recursos que forneçam suporte às suas defesas.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹ ainda cita o princípio do controle judicial dos atos administrativos, já citado anteriormente no comentário de outros princípios mencionados, o princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos, que trata da responsabilidade objetiva do Estado.

O Eminentíssimo Professor ainda comenta o princípio da segurança jurídica, onde diz que tal princípio é da essência de um Estado Democrático de Direito.

Bem, eram esses os princípios que o presente trabalho enumerou, mas com foco maior nos princípios constitucionais do art. 37, *caput* da Carta Constitucional, adentraremos agora nas questões de licitação pública e seus fundamentos.

¹⁸MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo. Malheiros, 2007.p.103.

¹⁹DE MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. Rev. e Atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2013.P.123-128.

2. LICITAÇÕES PÚBLICAS

As licitações públicas, formas ou modelos de contratação de serviços, compras e obras que a Administração Pública se utiliza para interagir junto ao mercado para atingir determinados fins, são regulamentadas pela Lei Geral de Licitações sob nº 8.666/93.

Desta lei parte o suporte para a maioria das contratações públicas em todo o território nacional, já que vincula todos os entes da Federação. Dizemos maioria, pois há outras leis que indicam novas modalidades de contratação na forma de leis especiais, pregão e normas internas da Petrobrás ou de organismos internacionais como Banco Mundial.

A Carta Constitucional de 1988 em seu art. 37, XXI, explicita a necessidade de uma lei que regulamentasse as licitações e contratos administrativos, *verbis*:

Art. 37. Omissis
(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

E no dizer de Marçal Justen Filho²⁰:

Segundo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF/88, todo contrato administrativo deve ser precedido, como regra, de uma licitação. Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos.

Trata-se, portanto, de procedimento administrativo capaz de atrair empresas junto ao mercado para que supra as necessidades da Administração. Tais necessidades surgem da incapacidade que a Administração tem, na maioria das vezes, de executar determinadas ações ou da compra de determinados produtos imprescindíveis às suas tarefas diárias.

Este procedimento deve ser cercado de total isonomia aos participantes e clareza do seu instrumento convocatório, sob pena de ilegalidade do ato administrativo, e que deve

²⁰FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. São Paulo: Dialética, 2010.p.11.

selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, como no dizer da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro citando José Roberto Dromi conceituando a licitação²¹:

(...)pode-se definir a licitação como procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

Na seara do direito privado o contrato é cercado pela autonomia de vontades, ou seja, dois sujeitos em que um oferta uma coisa ou serviço e o outro aceita ou não. A licitação foge disso na medida em que a oferta é para uma gama de pretendentes que satisfaçam as condições previamente elencadas e amplamente publicizadas.

Para o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, a licitação deve atender a três exigências públicas impostergáveis assim discriminadas²²:

(...)proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V, da Carta Magna Brasileira.

O procedimento licitatório, é, pois a forma que a administração deve-se utilizar para contratar, comprar, conceder ou permitir junto ao mundo do direito privado, já que privilegia todo arcabouço democrático que um Estado deve seguir.

No entanto há exceções, pois existem produtos ou serviços que por sua natureza, especialização ou fornecedor ou ainda ao tempo do procedimento o País esteja em condições excepcionais, tal procedimento possa ser inexigível ou dispensável.

Tais exceções serão demonstradas mais à frente quando adentrarmos o estudo de nossa Lei Geral de Licitações..

²¹DROMI apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.p.299.

²²DE MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. Rev. e Atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2013.P.534.

2.1. A Lei nº 8.666/93

As contratações públicas em nosso País são regidas pela Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. A promulgação desta lei veio a regulamentar o que está descrito no art. 37, inciso XXI, já explicitado anteriormente no item 2.

A lei em tela é tratada como norma geral e vincula toda a Administração Pública direta e indireta de todos os entes federados. Há, no entanto, exceção quando se analisa a questão de empresas Públicas como a Petrobrás que dispões de regime próprio para contratar determinados serviços em virtude de questões mercadológicas onde ela se insere.

Aqui vale destacar os arts. 1º e 2º da referendada lei, *verbis*:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Verifica-se acima que todas as pessoas de direito público devem seguir tais dispositivos em todas as esferas. No entanto, há exceções a estas regras e algumas autarquias, como as Agências Reguladoras que fugiram da subordinação, vale dizer Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97). Esta Agência Reguladora está autorizada a utilizar modalidades próprias de licitação nas contratações que não tratem de obras e serviços de engenharia e no dizer de Hely Lopes Meirelles²³:

²³DE MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. Rev. e Atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2013.P.539.

Não cabe aqui, evidente, examinar dispositivo por dispositivo das citadas leis para proceder a tal confronto. Contudo, vale a pena apontar algumas diretrizes amplas para sublinhar traços salientes das normas suscetíveis de se qualificarem como “gerais” e, indiretamente, pois, das que não o são.

Vê-se acima que o Professor alega que outras normas não são qualificadas como gerais e para uma lei ser erigida como lei de licitações e contratos administrativos, em sua visão, deve ser lei geral como explicitamente cuidado na Constituição.

Em que pese a lei em estudo ser considerada lei geral sobre licitações e contratos administrativos, Marçal Justen Filho assevera que ela contém normas gerais e não gerais²⁴:

A Lei nº 8.666/93 veicula normas gerais e normas não gerais(especiais) sobre licitações e contratos administrativos. As normas gerais são aquelas que vinculam a todos os entes federativos, enquanto as normas especiais são aquelas de observância obrigatória apenas na órbita da União.

Ou seja, o diploma traduz o exercício de duas competências legislativas diversas. Existem normas nacionais, aplicáveis em todas as esferas federativas. E há normas puramente federais, aplicáveis apenas ao âmbito da União.

O grande problema reside em que não existe uma distinção formal explícita no texto da Lei nº 8.666/93 entre as normas gerais (nacionais) e aquelas federais (especiais da União).

O reconhecimento da natureza não geral de uma determinada norma não significa a sua invalidade. Em tal hipótese, o dispositivo será vinculante exclusivamente para a órbita da União, sendo facultado aos demais entes federativos adotar disciplina diversa.

Colocamos estes diferentes comentários para verificarmos duas interpretações diferentes acerca da legislação em comento e divagarmos sobre a característica da generalidade dela e de que ela vincule todos os entes federativos.

O que vemos claramente é que não há tal vinculação de maneira rígida e qualquer ente federativo pode sim editar lei sobre licitações e contratos administrativos de caráter especial, desde que não conflite com dispositivos da lei em tela.

Ainda do doutrinador Marçal Justen Filho²⁵:

A fórmula “normas gerais”, utilizada pela Constituição no tocante a licitações e contratos administrativos, não permite uma interpretação de natureza “aritmética”. Ou seja, não é possível formular uma solução precisa e exata destinada a identificar critérios abstratos e gerais para diferenciar normas gerais e não gerais.

²⁴FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.p.14.

²⁵Ibid., p. 15.

Ou seja, na própria lei não há a certeza jurídica em dispositivos de onde se aplica como lei geral e lei não geral. O que doutrinador conseguiu verificar é que há um núcleo de certeza positiva que abrange o conceito de normas gerais e que deve ser aplicado a todos os entes federativos, tanto na Administração Direta como na Indireta.

De sua análise segue a abrangência das “normas gerais” sobre licitações e contratação administrativa²⁶:

Assim, pode-se afirmar que norma geral sobre licitação e contratação administrativa é um conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza positiva compreende a disciplina imposta pela União e de observância obrigatória por todos os entes federados (inclusive da Administração indireta), atinente à disciplina de:

- a) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação Administrativa;
- b) hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação;
- c) requisitos de participação em licitação;
- d) modalidades de licitação;
- e) tipos de licitação;
- f) regime jurídico da contratação Administrativa;

Corroboramos com eminente doutrinador e que será de suma importância para o presente trabalho na análise do RDC, já que em determinados pontos ela afasta a aplicação da Lei n 8.666/93.

O que precisaremos verificar é o núcleo base, ou seja, o núcleo de certeza positiva acima elencado na interpretação de quaisquer leis que tratem de licitações e contratos administrativos.

2.1.1. Princípios da licitação

Os princípios que norteiam as licitações públicas são elencados no art. 3º da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

²⁶FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.p.16.

A lei, como visto, explicita todos os princípios, em sua maioria de base constitucional e em vista de eles já terem sido bastante descritos e explanados no capítulo 1, cabendo aqui relatarmos os que não foram, ainda, objeto de nosso trabalho.

Então, de nossa análise, resta-nos debruçarmos sobre os princípios da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Começemos com o princípio da igualdade na licitação pública, princípio que norteia todo o certame licitatório abrangendo a não diferenciação entre participantes seja na divulgação do edital convocatório com amplitude, análise das propostas nas mesmas condições e na qualificação das propostas sem quaisquer preferências sobre determinados itens como trata o §1º do inciso I do art. 3º da Lei nº 8.666/93 e no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷:

Aliás, o §1º do inc. I do art. 3º da lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e veda o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como entre empresas brasileiras e estrangeiras, ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato, ressalvadas exceções (de resto bastante amplas e importantes) estabelecidas na defesa de interesses genuinamente nacionais, ou mesmo de países do Mercosul, constantes da própria lei, nos §§ 5º a 12 desse mesmo artigo 3º e no art. 3º da Lei 8.248, de 23.10.1991.

Por outro lado Marçal Justen Filho chama o princípio de isonomia e esclarece²⁸:

Não se admite a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do administrador. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante. Portanto o ato convocatório deverá definir, de modo objetivo, as diferenças que são reputadas relevantes para administração. A isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se-as na medida em que exista diferença. Essa fórmula acarreta inúmeras conseqüências.

Ou seja, as desigualdades provocadas pelo instrumento convocatório são fruto das condições da licitação que o administrador julgou com melhores condições para a Administração e não fruto de preferências pessoais dele ou de caráter meramente discriminador.

Duas fases são consideradas na aplicação do princípio da igualdade, a fase de elaboração do instrumento convocatório e a fase do procedimento licitatório propriamente dito.

²⁷DE MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. Rev. e Atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2013.P.542.

²⁸FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.p.70.

Na primeira, só devem constar discriminações que não atentem ao princípio em tela, ou seja, que atentem só para a proposta mais vantajosa.

Na segunda parte, o procedimento deve tratar da isonomia na execução da licitação se debruçando sobre a lei e o instrumento convocatório para definir por qual proposta a Administração contratará.

Não cabe aqui o esgotamento dos princípios e já partimos para o princípio da probidade administrativa. Tal princípio deve ser alicerce de todo agente público na condução de qualquer ato administrativo em todas as fases deste ato.

Princípio de cunho constitucional e relacionado na lei em estudo e que foi positivado no ordenamento jurídico nacional na chamada Lei da improbidade administrativa sob nº 8.429/1992 que enumera várias situações onde os agentes administrativos serão punidos.

Relaciona-se com o princípio da moralidade sob o qual os agentes públicos devem conduzir suas ações sob o prisma da ética e moral, princípio este já esmiuçado anteriormente. Da Lei nº 8.429/92 retiramos o conceito de ato improprio em seu art. 10, inciso VIII, *verbis*:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:
(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

A lei acima referenda as entidades de todos os entes da federação que são objeto da lei, *verbis*:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

O que se percebe é que como outros procedimentos administrativos, a licitação deve ser protegida e resguardada de quaisquer atos de improbidade dos agentes públicos responsáveis desde os servidores componentes da Comissão de Licitação ou Pregão até os gestores dos órgãos a que estas comissões são subordinadas.

E ainda no dizer de Marçal Justen Filho²⁹:

A moralidade e a probidade administrativas são princípios de conteúdo inespecífico, que não podem ser explicados de modo exaustivo. A explicação, nesse ponto, será sempre aproximativa. Extrai-se a intenção legislativa de que a licitação seja norteada pela honestidade e seriedade. Exige-se a preservação do interesse coletivo acima do interesse egoístico dos participantes da licitação ou da mera obtenção de vantagens econômicas para a própria Administração.

O princípio da probidade administrativa exclui qualquer benesse aos agentes administrativos e aos licitantes e qualquer violação a ele invalida todo o processo licitatório e o próprio contrato administrativo caso o procedimento não seja impugnado no seu nascedouro.

Ainda no bojo dos princípios norteadores da licitação o princípio da vinculação ao procedimento licitatório rege todo o processo licitatório. A partir de sua publicação não há que se falar em alteração de seu conteúdo. Qualquer alteração pretendida pressupõe sua republicação e reabertura dos prazos relacionados em sua totalidade a não ser meros vícios formais que poderão ser convalidados.

Trata-se de ato autovinculante, a discricionariedade nesta etapa finda-se, ou seja, se antes da publicação do instrumento convocatório a licitação era aventada por políticas públicas ou argumentos, respaldando todo discricionarismo do agente público, a partir da publicação do ato convocatório ela desaparece e qualquer ato deve se respaldar por este ato.

Para Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães a vinculação não é só interna da administração³⁰:

(...)esta vinculação não é apenas endoadministrativa, pois produz efeitos ao exterior da entidade promotora da licitação: todos os interessados, terceiros e mesmo os demais poderes constituídos (Judiciário, Legislativo, Ministério Público) devem obediência aos termos do instrumento convocatório.

²⁹FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.p.75.

³⁰MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública:A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. São paulo: Malheiros, 2012.p.79.

Devido a esta vinculação ao instrumento convocatório, qualquer cidadão pode impugná-lo caso incorra em irregularidades frente aos dispositivos da Lei nº 8.666/93, desde que represente à Administração responsável pelo certame licitatório em até 5 dias antes da abertura das propostas.

Antes de passar para o próximo princípio das licitações públicas, é lembrar que o edital da licitação deve ter a maior publicidade possível, buscando atingir o maior número de interessados em contratar com a Administração dentro de suas qualificações e desde que atenda aos requisitos constantes deste edital.

O princípio do julgamento objetivo no certame licitatório é o que regula a Administração para que ela esqueça qualquer intenção de discricionariedade. O julgamento das propostas deve ser confrontado com o objetivo do certame e a partir daí definir-se pela proposta mais vantajosa.

Tal princípio é explicitado na Lei nº 8.666/93 em seu arts. 44 e 45, *verbis*:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.
(...)

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

E no dizer do mestre Hely Lopes Meirelles³¹:

(...)É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores *concretos* pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite. Visa afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando julgadores a aterem-se ao critério pré-fixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento (arts. 44 e 45).

Como se observa a Administração deve se ater aos critérios objetivos do edital, inclusive ao tipo de licitação escolhido, os tipos de licitação serão vistos mais à frente, caso o edital não o indique, a licitação caminhará para análise da proposta de menor preço como assevera Maria Sylvia Zanella Di Pietro “Na ausência de critérios, tem-se que presumir que a

³¹MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo. Malheiros, 2007.p.276.

licitação é a de menor preço. Sendo assim, a preterição da proposta de menor preço tem que ser justificada.”³²

Sobre os outros princípios que a lei diz como correlatos, poderemos citar o da motivação, que apesar de não relacionado, os doutrinadores aqui já citados aduzem que não há decisão administrativa que não precisa ser justificada e, sobretudo na contratação pública em que todo o gasto público precisa ter alguma motivação em vista de sua natureza.

Podemos citar ainda o princípio da adjudicação compulsória, no qual se assegura obrigatoriamente ao vencedor da licitação o objeto da mesma. É citado ainda o princípio da competitividade ou oposição que reprova os ajustes ou acordos que, de alguma maneira, levem a não haver disputantes do certame licitatório.

2.1.2. Obrigatoriedade e exceções ao dever de licitar

Vimos os princípios da licitação pública e nenhum deles assevera a obrigatoriedade ou não de licitar um objeto que a administração Pública tenha necessidade de compra ou contratação de obras e serviços. Vale salientar que a regra geral é sempre licitar, mas veremos que há exceções ao dever de buscar a competitividade. E como diz Marçal Justen Filho³³:

A constituição acolheu a presunção (absoluta) de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção absoluta, facultando contratação direta nos casos previstos por lei.

Nem sempre a solução de competitividade é possível, ou não se tem mais de um fornecedor ou serviços que a Administração busca, ou quem fornece o objeto é de uma qualidade tal que é unanimidade no mercado.

A Lei nº 8.666/93 elenca, em seus arts. 17, 24 e 25 as possibilidades em que não há necessidade de licitação ou poderá não haver esta necessidade. Trata-se das possibilidades de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ou seja, contratações diretas, as quais descreveremos.

³²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.p.309.

³³FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.p.295.

Nestas condições, não cabem nas hipóteses acima as concessões e permissões de serviços, pois a Carta Constitucional, em seu art. 175, prevê a necessidade sempre de certame licitatório.

A contratação direta efetivada pela Administração não é um procedimento informal, mas passa por todo um procedimento com etapas e formalidades a serem vencidas e que norteará a não exigência de licitação indicando a motivação necessária para tal.

Cabe aqui o relato do acórdão nº 100/2003 do egrégio TCU “O processo administrativo pelo qual a Administração Pública - sem escolher uma das modalidades de licitação previstas no art. 22 da Lei nº 8.666/1993 - realiza pesquisa de preços no mercado é também um procedimento licitatório, pois objetiva a contratação da empresa que oferecer a melhor proposta.”

Nas formas de dispensa, tratamos de licitação dispensada, a própria lei indica em quais situações não é necessário o processo licitatório, e de licitação dispensável, aqui entra a discricionariedade da Administração, ou seja, há disputantes no fornecimento dos bens ou serviços, mas a administração usa de sua conveniência e oportunidade para realizar o procedimento de licitação. Este é o entendimento da maioria doutrinária.

No entanto, Marçal Justen Filho não concorda, pois segundo ele não há diferenças³⁴:

(...)Com todo o respeito, não se afigura procedente a distinção, a nosso ver. Em ambos os casos, o legislador *autoriza* contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher em realizar ou não a licitação.

Como relatado, a Lei nº 8.666/93 elenca todas as possibilidades em que a dispensa de licitação é autorizada em seu art. 17, alíneas dos incisos I e II e no § 2º. Trata-se basicamente de alienação de bens da Administração Pública, com o interesse nesta alienação devidamente justificado e com uma avaliação prévia.

Já nos casos do art. 24 incisos I ao XXXIII, a lei relata os casos de dispensa de licitação diversos do art. 17, mas como vimos acima, na verdade, não há distinção na vontade do legislador, só objetos e serviços diferentes.

³⁴FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.p.300.

O que vale para nós é que a dispensa de licitação, em que pese ser possível, sempre deve ser analisada com os parâmetros de isonomia, custo-benefício para a Administração e observância de etapas anteriores para que a motivação apareça. Por outro lado, devemos ter em mente que a licitação é processo administrativo com finalidade na atuação administrativa e benéfica, pois traz a busca de uma contratação mais vantajosa.

Já a inexigibilidade é tratada no art. 25, indicando a inviabilidade de competição, *verbis*:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

A Lei nº 8.666/93 exemplificou taxativamente as hipóteses em que não há pluralidade de interessados em determinado objeto. Isso quer dizer que lei colocou casos em que a licitação não atingiria seus fins pretendidos.

As condições elencadas na lei tornaria a licitação via inadequada, no dizer do Professor Marçal Justen Filho “(...)até se poderia imaginar possível algum tipo de seleção entre potenciais contratados, mas isso somente seria praticável se a estruturação do procedimento fosse outra.”

E complementa “por outro lado, impor a licitação em casos de inexigibilidade frustraria o interesse sob tutela estatal. A Administração Pública ou não obteria proposta alguma ou selecionaria propostas inadequadas a satisfazer dito interesse”³⁵

2.1.3. Modalidades de licitação

De maneira exaustiva e taxativa a Lei nº 8.666/93 descreve todas as modalidades de licitação e define ainda que elas não podem combinarem entre si. Estas modalidades se diferem pela natureza do objeto a ser contratado ou o próprio procedimento utilizado. E ainda diz a lei que não se poderão criar novas modalidades.

Estas modalidades de licitação estão dispostas no art. 22 da lei em tela, *verbis*:

Art. 22. São modalidades de licitação:

- I – concorrência;
- II - tomada de preços;
- III – convite;
- IV – concurso;
- V – leilão;

Em que pese o § 8º do mesmo artigo mencionar que não se podem combinar modalidades ou criar novas, realmente não é possível combinação entre elas, mas a criação não só é possível como foi criada em 2000 a modalidade do pregão. Ou seja, podem-se criar novas modalidades através de lei emanada pela União.

Para Marçal Justen Filho o elenco de modalidades não é homogêneo³⁶:

Sob uma análise doutrinária, pode-se afirmar a existência de três modalidades de licitação. Há uma modalidade que poderia dizer-se “comum”, abrangendo as hipóteses dos incs. I a III. Além disso, existem duas modalidades “especiais” (incs. IV e V).

Realmente, não se aproveitam ao convite e ao leilão os procedimentos característicos da concorrência, tomada de preço e convite. Naquelas os procedimentos são estruturados segundo suas peculiaridades e nestas há uma flexibilização e abrangência maior nos procedimentos.

A escolha entre as modalidades constantes dos incisos de I a III se dará, como diz a lei no seu art. 23, pelo valor do objeto que a Administração deseja adquirir. Há patamares de

³⁵FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.p.300.

³⁶Ibid., p.262.

valores diferentes para obras, serviços de engenharia, compras e outros serviços. Tais valores são corrigidos de tempos e tempos, mas já faz algum tempo que não há reajustes destes valores.

Assim, a concorrência deve ser utilizada para obras e serviços mais complexos e de valores mais altos e em determinados casos ela ultrapassa os limites do País tornando-se internacional. A tomada de preço tem valor e um vulto de valor médio e por último, o convite que é para obras e serviços de valor menor³⁷.

Na concorrência podem participar quaisquer interessados desde que preencham os requisitos do edital, tem esta modalidade uma divulgação mais ampla antes do recebimento das propostas e que esta divulgação seja feita também na imprensa. E também, a contrário *sensu*, a habilitação prévia deve ser satisfeita, mas não é exigência só dessa modalidade de licitação.

No dizer de Marçal Justen Filho “(...) essa fase existe em todas as modalidades de licitação, ainda que no pregão seja postergada. É incorreto dizer que a concorrência é o único tipo de licitação em que existe uma fase prévia, destinada ao exame da habilitação dos interessados”³⁸

Diferentemente da concorrência, na tomada de preços só podem participar interessado que estejam cadastrados ou possam se cadastrar em registro próprio da repartição em até 3 dias antes do recebimento das propostas e o prazo entre a divulgação do edital e o recebimento diminui em relação à primeira modalidade de licitação.

Já para o convite só participam os convocados pela Administração em número mínimo de 3 ou os cadastrados em registro próprio que manifestem interesse 24 horas antes do recebimento das propostas.

O concurso é destinado a contratação de trabalho técnico, científico e ou artístico e pode participar todos os interessados com a qualificação exigida no instrumento convocatório, sendo neste estipulado a instituição de prêmio ou remuneração para os vencedores do certame.

³⁷Para termos uma ideia, a concorrência é utilizada em obras e serviços de engenharia para valores acima de R\$ 1.500.000,00. Para a tomada de preço os valores ficam entre R\$ 150.000,00 e R\$ 1.500.000,00 e o convite é utilizado para essas contratações com valores abaixo de R\$ 150.000,00. Estes valores mudam quando as modalidades são utilizadas para compras e outros serviços nos patamares de R\$ 80.000,00 para convite, de R\$ 80.000,00 a R\$ 650.000,00 na tomada de preços e acima deste valor quando é necessária a concorrência para o certame.

³⁸FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.p.263.

Já o leilão é utilizado para a alienação de bens móveis inservíveis para Administração, para bens oriundos de apreensões ou execuções judiciais, devidamente justificada, desde que o valor total não atinja o patamar da tomada de preço.

Apesar de estarmos analisando a Lei nº 8.666/93, vale ressaltar a modalidade de pregão instituída por lei geral, daí a possibilidade de sua existência, pois a Lei nº 8.666/93 veda a criação de nova modalidade.

Tal modalidade se assenta para aquisição de bens e serviços comuns, quais sejam os que possam ser objetivamente definidos por edital em especificações facilmente encontradas no mercado.

2.1.4. Fases da licitação

Aqui descreveremos as fases de que é composto um procedimento licitatório e será de grande importância para o presente trabalho, já que no RDC uma das questões mais interessantes é a inversão de fases neste novo instrumento de contratação pública.

São estas fases classificadas como interna e externa. A interna diz respeito ao início dentro do órgão interessado em contratar. A fase externa é o procedimento licitatório propriamente dito.

A fase interna é descrita no caput do art. 38 da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente(...)

Para propor uma licitação devem ser satisfeitas algumas condições também expressas na lei em tela nos arts. 7º e 14º, *verbis*:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

§ 1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

- II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
 - III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;
 - IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.
- (...)

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Como vimos a fase interna é tão importante quanto o procedimento licitatório, pois há questões de cunho orçamentário e de autorização para se dar origem a qualquer procedimento. E ainda reforça a responsabilização dos agentes públicos que não obedecerem ao rito interno e na busca de autorização da autoridade competente devidamente justificada.

Como diz Marçal Justen Filho³⁹:

(...) Trata-se de redução do âmbito de liberdade de escolha da administração. O estrito cumprimento das exigências do art. 7º elimina decisões arbitrárias ou nocivas. São eliminadas as contratações: a) não antecedidas de planejamento; b) cujo objeto seja incerto; c) para as quais inexista previsão de recursos orçamentários; d) incompatíveis com as programações de médio e longo prazo.

Como se vê trata-se de condição de admissibilidade e validade da licitação uma fase interna cercada de todos os cuidados, principalmente o olhar atencioso para o planejamento, função precípua da Administração Pública e tão renegada em nossos dias. Do planejamento decorre toda a contratação, eliminando-se gastos desnecessários e contratações indevidas.

E do próprio art. 7º já é retirado que mesmo nesta fase interna já há um procedimento, pois não se pode começar determinada etapa sem finalizar a anterior.

Desta fase interna ressalte-se a importância do projeto básico, o qual norteará todo o objeto a ser contratado no certame licitatório e a viabilidade do mesmo. E do projeto executivo, nos casos de obras e serviços de engenharia, que facilitará a execução do contrato, pois definirá custos, adequação do objeto e compatibilização com o interesse coletivo e o bem-comum.

³⁹FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.p.263.

O projeto executivo na maioria das licitações é feito por outra empresa contratada, pois nem sempre na administração existe mão-de-obra qualificada para a confecção deste tipo de projeto e aí tem-se uma licitação anterior para poder empreender a licitação desejada.

A fase externa é o próprio certame licitatório e nela a Administração Pública coloca todo o seu aparato técnico-jurídico para interação junto ao mercado. Devido a isso, deve-se cercar de todos os pormenores necessários para que a finalidade do certame seja alcançada.

Tem início com a publicação do instrumento convocatório, edital ou convite, e se finaliza com a adjudicação. E no dizer de Egon Bocmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães⁴⁰:

A etapa externa compreende o desenvolvimento da licitação propriamente dita, comportando a participação dos interessados em manifestar ofertas à Administração. Abrange diversas fases, que se desenvolvem sequencialmente com vistas a selecionar a proposta mais vantajosa e adjudicar o objeto ao licitante vencedor.

Para as contratações acima de R\$ 150.000.000,00 a fase externa se iniciará com uma audiência pública divulgada amplamente, cerca de 25 dias úteis antes da publicação do ato convocatório, para que a população interessada possa participar e ser devidamente informada do que vai acontecer com a região durante e após a obra objeto da licitação.

A divulgação do instrumento convocatório deflagra a fase externa da licitação, dela começam a contar todos os prazos pertinentes. Havendo impugnação e aceita pela Administração, deverá haver republicação do ato. Só não haverá esta republicação caso os erros e fatos apontados pelo impugnante sejam possível seu saneamento sem prejudicar a legalidade do procedimento e não afetem seus participantes.

A habilitação dos interessados visa avaliar a titularidade de licitar, como no dizer de Marçal Justen Filho:⁴¹

A Lei nº 8.666/93 reflete a tradição brasileira e consagra uma sistemática em que o exame das condições do direito de licitar antecede o exame e julgamento das propostas. Adota-se a orientação no sentido de que a Administração não pode conhecer o conteúdo das propostas na oportunidade em que examinar a titularidade das condições de licitar.

⁴⁰MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. São paulo: Malheiros, 2012.p.221.

⁴¹FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.p.395.

Destarte a prática inferida pela Lei nº 8.666/93 e ao parecer justo, já que não se imagina imparcialidade do agente público que, ao saber do conteúdo das propostas, se propusesse a manter um interessado, mesmo este não estando apto, uma das inovações trazidas pelas novas leis, como o pregão e o RDC, é a inversão de fases.

De acordo com estes instrumentos, primeiro se abririam as propostas e ao vencedor seriam buscadas suas condições de licitar. Mas, como estamos a analisar a lei nº 8.666/93, lei nacional de licitação para uns e lei geral de licitações para outros, os atos convocatórios que indiquem a regência desta lei nos certames licitatórios, estes devem continuar analisando o direito de licitar dos participantes.

Na verdade a habilitação é uma fase com duas acepções, no dizer de Marçal Justen Filho⁴²:

Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de ato administrativo decisório, indica o ato pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo estarem presentes as condições do direito de licitar.

Segue-se à habilitação, o julgamento das propostas, com análise rígida e sempre presente a sombra do instrumento convocatório. Ele deve nortear a decisão de qual proposta satisfará a necessidade de contratação da Administração.

A abertura das propostas deve ser feita em sessão pública devidamente comunicada aos participantes da licitação. O julgamento das propostas analisará os critérios de validade, vantajosidade e técnica de acordo com o ato convocatório.

A comissão de licitação deverá classificar as propostas segundo a vantajosidade para a Administração numa ordem decrescente, a primeira classificada será a vencedora do certame licitatório.

Indicado o vencedor, será o mesmo homologado. A fase de homologação é tão somente o controle de todo o procedimento licitatório feito por autoridade competente em todas as suas fases.

Segundo Marçal Justen Filho⁴³:

⁴²FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.p.395.

A autoridade superior tem o dever de desenvolver, primeiramente, um juízo de validade. Cabe-lhe examinar se as regras constitucionais, legais, infralegais e editalícias foram observadas desde o momento inicial da abertura da fase interna da licitação. Trata-se de uma função de controle da regularidade administrativa, cujo desempenho se constitui em dever-poder da autoridade superior. Verificando algum defeito ou vício, é dever da autoridade competente promover o seu saneamento, se tal for possível.

Feito este controle, verificando a legalidade e julgar conveniente o processo licitatório, deve a Administração homologar o resultado por ato administrativo, como no dizer do professor Marçal⁴⁴ “A homologação do resultado da licitação consiste num ato administrativo que formalmente reconhece a legalidade e a conveniência do certame, reconhecendo terem sido atingidos os seus fins.”

Após a homologação, ao participante vencedor será adjudicado o objeto da licitação. No dizer de Hely Lopes Meirelles⁴⁵ “Adjudicação é o ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação para subsequente efetivação do contrato.”

A adjudicação é o ato pelo qual se atribui a outro participante, diverso do classificado no julgamento, deve ser bastante justificado sob pena de nulidade de todo o processo licitatório.

⁴³FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.p.601.

⁴⁴Ibid., p.602.

⁴⁵MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo. Malheiros, 2007.p.310.

3. O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO

O RDC foi o instrumento criado pela União para fazer frente às obras necessárias a realização dos megaeventos que o País irá realizar, Copa das Confederações 2013, Copa do Mundo 2014 e Olimpíadas 2016, através da Lei nº 12.462/2011 e regulamentada pelo decreto nº 7.581/2011.

Como dito, a lei foi feita para estes eventos, mas já foram incluídas em seu arcabouço novas obras como o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e do sistema Único de Saúde (SUS). Ou seja, a lei deixou de ter caráter temporário e específico, tornando-se mais um mecanismo para contratação de obras públicas.

Aqui não analisaremos se o Brasil deveria ou não arcar com estes eventos, mas sim verificarmos a feição da nova lei e o que ela nos traz de novo a partir de sua promulgação, sobretudo no que diz respeito ao planejamento e eficiência da Administração Pública na realização de obras, já que é muito criticada nos dias de hoje, em que pese haver a Lei nº 8.666/93 a sua disposição com todos os seus mecanismos.

O que se pretendeu com esse novo instrumento de contratação foi o ganho de tempo que este proclama em relação à legislação existente. No dizer de Ribeiro, Prado e Pinto Júnior “Como se vê, a intenção foi criar um regime especial para os eventos esportivos que se aproximam. Em tese, um dos principais motivos a justificar o RDC é o ganho de tempo no procedimento e licitação e contratação.”⁴⁶

E ainda complementam dizendo sobre o legado na seara administrativista que a lei importará⁴⁷:

Vale notar que, assim como as Olimpíadas e a Copa tendem a aprimorar a infraestrutura disponível no País, também possivelmente deixarão legado relevante na seara do direito administrativo. Muitas das inovações ora introduzidas pelo RDC vêm sendo discutidas há anos, e não foi possível lograr êxito até o momento em diversas tentativas de incorporá-las ao marco geral das licitações e contratações públicas, a Lei Federal nº 8.666/93.

Como se verifica, há muito que se tenta alterar nosso mandamento maior na área de licitações e contratações públicas, mas aparenta o desinteresse por parte de nossos legisladores nesta área do nosso direito administrativo.

⁴⁶RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; JÚNIOR, Mário Engler Pinto. **Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura Para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.p.4.

⁴⁷ Ibid., p.5.

Em que pese trazer novos mecanismos para as contratações de obras públicas, a lei que originou o RDC não é unanimidade e apareceram questionamentos, que veremos em tópico específico, de tal maneira que tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF) duas ADIs que atacam o novel regulamento de contratações.

3.1. Questionamentos sobre a formulação da Lei nº 12.462/2011 e os instrumentos trazidos

O Governo brasileiro tentou veicular o RDC primeiramente em 2010 com a edição das Medidas Provisórias (MPs) 488 e 489, mas elas perderam sua eficácia, pois não foram aprovadas no tempo determinado.

Já em outra sessão legislativa, aproveitou-se a tramitação da MP 527 em que pese seu conteúdo tratar de tema diverso das licitações e contratações públicas, A MP foi convertida na Lei nº 12.462/2011 e não se vê aqui quaisquer evidências de ilegalidade, pois a própria Lei nº 8.666/93 já foi objeto de alterações via MP.

De todo modo, duas ADIs foram propostas, uma pela procuradoria Geral da República e a outra por partidos políticos da oposição alegando-se a impertinência temática. Eles alegam que a Lei Complementar Federal nº 95/1998 em seu art. 7º, inciso II, impede tal procedimento que inclui matéria diversa do seu conteúdo, *verbis*:

Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

(...)

II - a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

A MP 527 versava sobre tema estritamente de organização administrativa no que diz respeito à Secretaria de Aviação Civil.

Apesar da proibição da lei sobre a impertinência temática, a Lei nº 95/1998 não aplica qualquer sanção à desobediência, como diz Maurício Zockun⁴⁸:

(...)a inobservância dessa disposição pela Lei Federal nº 12.462 não acarreta sua invalidade. Isso porque a lei Complementar Federal nº 95 não prevê

⁴⁸ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à Luz da Constituição da República. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael(coord). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC(Lei nº 12.462/2011; Decreto nº7.581/2011):aspectos fundamentais**. 2. ed. Rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p.21.

sanção ao descumprimento de sua disposição. Tampouco se autoriza o Poder Judiciário a atuar como legislador positivo em hipóteses tais para, com isso, imputar uma reprimenda onde a lei não o fez expressa e indubitadamente. E isso, registre-se, já restou assentado no seio do próprio STF.

Ou seja, não há que se falar em invalidade do RDC por essa temática diferente do teor original da MP 527. As ADIs até o presente momento não foram apreciadas pelo Pleno do STF o que gera incertezas jurídicas, principalmente dos valores vultosos que cercam determinadas obras que estão sendo construídas já com a utilização desse instituto.

Outro questionamento sobre o RDC é de que ele é lei especial e norma especial daí inconstitucional por ofensa ao art. 22, XXVII e 24, §2º, ambos da CF/88, *verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

(...)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

No dizer de Maurício Zockun é lei especial⁴⁹:

(...)por que restringe sua aplicação apenas às licitações e contratações volvidas à realização das Olimpíadas e Copa do Mundo de Futebol (afastando expressamente a Lei Federal nº 8.666/93. É dizer, sob seu campo de incidência está um plexo muito restrito de situações fáticas e, portanto, de relações jurídicas capaz de serem entabuladas pelo poder público.

Para o mesmo também é norma especial a Lei nº 12.462/2011⁵⁰:

(...)porque não cuidou de fixar balizas elementares para o tratamento da matéria. A Lei Federal nº 12.462 desceu aos pormenores que lhe interdita a

⁴⁹ZOCKUN, Maurício. Apontamentos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas à Luz da Constituição da República. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael(coord). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC(Lei nº 12.462/2011; Decreto nº7.581/2011):aspectos fundamentais**. 2. ed. Rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p. 26.

⁵⁰ Ibid., p.26.

qualificação como norma geral, nem mesmo se ocupando de fixar garantias mínimas para a tutela do interesse público.

Como vimos o doutrinador ataca o RDC ao dizer tratar-se de lei e norma especial, não podendo ela afastar a lei geral e ainda não poderia a união legislar sob lei especial para torná-la geral.

Por outro lado tratam a lei como norma geral diferenciada de licitação e contratação administrativa, pois todos os entes necessitarão construir obras para os eventos próximos. Além disso, como diz Egon Bocmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães⁵¹:

Afinal, a distinção constitucional entre normas gerais e normas federais, estaduais, distritais e municipais não diz respeito ao direito inter temporal e à solução de pseudoantinomias porventura constatadas pelo intérprete (em que se poderia cogitar distinção, que ocupa outra categoria hermenêutica, entre normas gerais e normas especiais, distinguidas devido à abrangência da matéria legislada). Dessa forma o RDC é norma geral-especial, pois configura, ao mesmo tempo, uma norma geral de licitações públicas e uma norma especial em relação às demais leis que disciplinam licitações públicas.

E ainda fazem uma colocação emergindo a fixação de uma premissa⁵²:

(...)que deve orientar a hermenêutica de toda a lei 12.462/2011:o RDC é regime excepcional de licitações e contratos administrativos que tem a natureza de norma geral e que, por isso mesmo, tem autonomia interpretativa – tanto em relação às licitações e contratos ordinários da LGL como no que respeita às demais licitações e contratos extraordinários (pregão, concessões comuns e parcerias público-privadas). Isto significa dizer que não se deve ler a lei 12.462/2011 com a lente da LGL (e/ou demais diplomas pretéritos).

Por fim arrematam os doutrinadores:⁵³

A LGL permanece válida e eficaz, exceção feita ao RDC (e demais normas especiais – como, por exemplo, a Lei nº 10.520/2002 – que instituiu o pregão). Mais ainda:na justa medida em que se trata de leis com a mesma hierarquia normativa (leis ordinárias com dispositivos de natureza geral), a sucessão de leis no tempo confere autonomia específica ao RDC.

Corroboramos com o entendimento posterior que classifica o RDC como um regime excepcional de licitações e contratações, já que foi promulgada para servir a um caso de exceção que são os grandes eventos desportivos.

⁵¹MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública:A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. São paulo: Malheiros, 2012.p.39.

⁵²Ibid., p.39.

⁵³Ibid., p.39

A própria Lei nº 12.462/2011 diz em seu texto quais são os artigos em que a Lei nº 8.666/93 serão aplicados, afastando os demais. Por outro lado ela também textualiza que todo o procedimento licitatório que queira se utilizar do RDC deve, em seu instrumento convocatório, mencionar explicitamente tal intenção.

Há outros aspectos contidos nas ADIs que estão no STF e a nosso ver não cabe aqui polemizá-los, mas relacionados, como a contratação integrada, a regra do sigilo do valor de referência, as questões ambientais e outras mais.

Para Ribeiro, Prado e Pinto Júnior ao analisarem a materialidade dos problemas⁵⁴:

(...) sob a perspectiva material, parece-nos que as regras previstas no RDC são perfeitamente conciliáveis com nossa Constituição da República, até mesmo porque há poucas normas sobre esse tema e várias delas estão enunciadas sob a forma de princípio.

E por fim, como veremos mais a frente, há mecanismos trazidos pelo RDC que não podem ser simplesmente desconsiderados. Temos uma legislação arcaica que espera por modernização e o que examinamos é que não podemos deixar passar o momento, operando para que a análise do RDC seja feita também pela razoabilidade.

3.2. Aplicabilidade

Como já dito o RDC veio como instrumento para termos uma melhor execução na construção das obras para os grandes eventos que se aproximam, ou seja, uma lei de caráter temporário e com objetivos definidos.

No entanto como poderemos perceber houve acréscimos nas obras que podem se valer deste novo instrumento de contratações, como diz agora o seu art. 1º, *verbis*:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e
II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014,

⁵⁴RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; JÚNIOR, Mário Engler Pinto. **Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura Para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.p.10.

restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

De sua formatação original já foram acrescentados os incisos IV e V incluindo obras do PAC e do SUS, ou seja, tira a temporariedade da lei já que estes dois programas são de cunho permanente. E continuando a análise de sua confecção, ainda no art. 1º traz os seus objetivos:

Art. 1º. omissis.

§ 1º O RDC tem por objetivos:

I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;

III - incentivar a inovação tecnológica; e

IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

O RDC vem para ser mais uma lei a ser utilizada quando de contratações públicas de obras, serviços e serviços de engenharia. No primeiro momento só era possível em obras para os grandes eventos, depois foram incluídas as obras do PAC e SUS. Isso não quer dizer que nestas obras é obrigatória a utilização do RDC.

O legislador optou por garantir ao agente público a discricionariedade sobre a utilização ou não do RDC. Desse modo pode-se utilizar a Lei nº 8.666/93, pregão ou o próprio RDC nas obras para os grandes eventos esportivos que se aproximam.

É o caso dos estádios que foram feitos nos modelos de Parcerias Público Privadas e não com o RDC. Na verdade, o RDC será mais utilizado nas obras de mobilidade urbana da matriz de responsabilidades da Copa e mais recente, nas obras do PAC e do SUS.

Em sentido pormenorizado e específico leciona Ribeiro, Prado e Pinto Júnior⁵⁵:

⁵⁵RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; JÚNIOR, Mário Engler Pinto. **Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura Para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.p.20.

Há menção expressa na Lei Federal nº 12.462/11 aos seguintes contratos: compra de bens (arts. 7º, 15, inc. I), contratos de obras e serviços de engenharia (arts. 1º, inc. II, 8º, 9º, 10, 15, inc. II), contratos de prestação de serviços em geral (arts. 10, 11, 15, inc. II) e contratos de eficiência (art.23). Há também nessa Lei alusão à utilização como critério de julgamento da maior ofertar de preço, critério esse que é geralmente utilizado a Administração Pública está vendendo um bem ou direito qualquer, ou, ainda, quando aliena o direito de exploração sobre bens e direitos.

Dessa maneira expande sobremaneira a relação de aplicabilidade do RDC a todo o tipo de contratação, desde que o Administrador assim decida e nas obras constantes do Art. 1º.

3.3. Inovações ao sistema de contratações públicas

Já antes mencionados, trataremos aqui dos mecanismos que o RDC importa para o nosso ordenamento de licitações e contratações públicas. Mecanismos estes que até já são utilizados em leis esparsas como a que criou o pregão.

As inovações aqui serão tratadas comparando, no que couber, com a Lei nº 8.666/93 e tentando mostrar as benesses que estes novos mecanismos trazem com a finalidade de melhorar os aspectos das contratações públicas dirigidas às possibilidades de utilização do RDC.

3.3.1. Contratação integrada

Como o próprio nome diz a contratação integrada visa integrar vários aspectos de uma contratação pública quando esta necessitar de projeto básico e/ou projeto executivo na medida em que passa à iniciativa privada a responsabilidade de suas confecções.

Não que na Lei nº 8.666/93 eles não pudessem ser feitos pela iniciativa privada, mas que eram entregues a empresas diferentes, ou seja, nesta lei é obrigatório haver licitações diferentes para a contratação do objeto quando se tem a necessidade de um ou dos dois projetos.

No RDC o legislador prevê a contratação conjunta do projeto básico, executivo e a própria execução da obra, mas ainda exige um anteprojeto como diz seu art. 9º, *verbis*:

Art. 9º. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

- a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;
- c) a estética do projeto arquitetônico; e
- d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e

III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Ou seja, ainda no RDC, quando a Administração Pública não tiver condições de fazer este anteprojeto, haverá a necessidade de licitação para contratá-lo, mas com um nível de detalhamento menor que o projeto básico.

No dizer de Ribeiro, Prado e Pinto Júnior já havia dispositivos no País⁵⁶:

O regulamento simplificado de licitações da Petrobrás já viabilizava e o RDC agora viabiliza a Administração Pública, no caso da contratação integrada, inicie a licitação com estudos que possuam grau de detalhamento menor que o projeto básico, e assim, indiretamente, permite que a mesma empresa que elaborará o projeto básico execute a obra.

O objetivo primordial da contratação integrada é ganhar tempo, pois o País precisava acelerar as obras dos megaeventos esportivos evitando-se os lapsos temporais entre a confecção dos projetos e a execução das obras.

⁵⁶RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; JÚNIOR, Mário Engler Pinto. **Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura Para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.p.30.

Mesmo com ganho de tempo, para se escolher a contratação integrada deve-se justificar técnica e economicamente como se esclarece o caput do art. 9º. E para Ribeiro, Prado e Pinto Júnior poderíamos assim justificar o uso da contratação integrada em três situações⁵⁷:

(...)

- a) licitação de contrato para construção, operação e manutenção de infraestruturas, por exemplo, por 4-5 anos;
- b) licitação única para dois contratos separados que seriam ambos assinados com o ente vencedor da licitação, um contrato para a construção e outro para a operação e manutenção;
- c) licitação única para dois contratos separados, que seriam assinados com o ente vencedor da licitação, um de obra pública e outro de concessão (comum, patrocinada ou administrativa) para a operação e manutenção da obra por prazos longos;

Percebe-se então que a melhor maneira de justificar a contratação direta é a contratação em que a empresa vencedora do certame também passe a mantê-la ou até operá-la, só assim ela poderá diluir seus custos ao longo dos anos não elevando os gastos do setor público, pois assim transferem-se ao ganhador os riscos e as metas que devem ser atingidas.

Outro ponto importante da contratação integrada é tentar acabar com instituto brasileiro do aditivo contratual que é o sobrepreço admitido quando do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato seja por necessidade da Administração, seja por necessidade do contratado.

O Tribunal de Contas da União (TCU) sempre percebe desvios nas contratações públicas devido a estes aditivos. Ora parece que a Administração não sabe planejar, não quer planejar ou nossos engenheiros da Administração ou das empresas contratadas para confecção dos projetos básicos não sabem estimar os valores aproximadamente.

Mesmo assim o RDC ainda permitiu duas hipóteses, elencadas nos incisos I e II, §4º do art. 9º, no entanto, assim entenderam Ribeiro, Prado e Pinto Júnior⁵⁸:

(...) De nossa parte, reiteramos o entendimento de que o sentido do indigitado §4º foi limitar à garantia legal de recomposição do equilíbrio econômico financeiro às hipóteses de seus incisos I e II (desde que, no caso do inciso I, o contrato não tenha excluído a responsabilidade da Administração por eventos de caso fortuito e força maior). As demais hipóteses dependem de expressa previsão contratual.

⁵⁷RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; JÚNIOR, Mário Engler Pinto. **Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura Para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.p.46.

⁵⁸Ibid.,p.68.

Vê-se que o RDC tentou limitar ao máximo as possibilidades de aditivos, que na Lei nº 8.666/93 pode chegar a 50% em casos de obras e serviços de engenharia, ensejando maior planejamento da administração, já que os aditivos devem ser exceções e não prática comum como, aliás, vêm sendo neste País.

Dizemos isso, pois o que somos informados toda a hora é a prática corriqueira dos contratados junto aos agentes públicos de se locupletarem na adição contratual em 25% dos valores, trazendo enorme desvio de dinheiros públicos e alimentando a corrupção, mal sem fim neste Brasil.

3.3.2. O sigilo orçamentário

O sigilo do orçamento quando da utilização do RDC foi posto na lei com vistas a evitar conluio de empresas interessadas em licitar com o poder público. Tal explanação está no art. 6º da lei, *verbis*:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Como se nota, o sigilo das informações sobre o preço de referência obtido pela administração e que será aplicado ao procedimento licitatório, só será provisoriamente omitido, sendo informado tão logo acabe a licitação.

Outro ponto levantado sobre omissão dos valores é quanto à prejudicialidade que isto tem frente aos órgãos de controle, já que estes órgãos não teriam como executar suas funções conforme se espera, mas o § 3º desmistifica tal receio.

Os críticos alegam ataque aos princípios da publicidade e da isonomia. Quanto ao princípio da publicidade, sua mitigação é respaldada pelo princípio da eficiência, pois busca uma proposta mais vantajosa para Administração e além do mais, como já dito, é temporário e

visa dificultar os conluíus e formação de cartéis entre empresas, como no dizer de Ribeiro, Prado e Pinto Júnior⁵⁹:

Note-se, por fim, que não há de se falar em ferimento ao princípio da publicidade, pois o sigilo é apenas temporário e assim se faz para atender a outro princípio igualmente constitucional, qual seja, o da eficiência, pois a regra tende a gerar contratações mais vantajosas para Administração, desde que, evidente mente o sigilo seja efetivamente mantido.

Quanto a ferir o princípio da isonomia, a preocupação é quanto aos agentes públicos detentores da informação dos valores de referência, se estes agentes vão realmente conseguir manter o sigilo. Ainda complementa Ribeiro, Prado e Pinto Júnior⁶⁰:

A grande questão é se, de fato, a informação será mantida sigilosa. Se o Poder Público tiver dúvidas sobre sua capacidade de manter a informação sigilosa, melhor seria publicá-la, para evitar favorecimentos irregulares. O problema é que, em face na nova regra, o Poder Público estará obrigado a manter o sigilo. Portanto, deve adotar todas as ações possíveis nesse sentido.

Outra problemática sobre o sigilo das informações dos valores formados pela Administração Pública, quando pretende licitar determinado objeto, foi a possibilidade de discrepância entre o preço pretendido pela Administração e o ofertado pelos licitantes.

O RDC traz a solução em seu art. 26, *verbis*:

Art. 26. Definido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.
Parágrafo único. A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado.

Ou, seja, poderá a Administração negociar com o vencedor com a finalidade de se chegar ao preço pretendido, como já é feito no pregão. Caso o vencedor não chegue a um acordo, a Administração tem a possibilidade de tentar convencer outros licitantes na ordem de classificação.

É a chamada assimetria de informações, já debatida em meios econômicos na investigação dos leilões, se faz sentido a definição de preço de reserva e sua divulgação, assim definida por Ribeiro, Prado e Pinto Júnior⁶¹:

Dessa perspectiva, o principal argumento em favor do sigilo temporário parece ser a de assegurar uma assimetria de informações entre o Poder Público e os

⁵⁹RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; JÚNIOR, Mário Engler Pinto. **Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura Para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.p.71.

⁶⁰Ibid.,p.70.

⁶¹Ibid.,p.69.

licitantes, de maneira que os licitantes não possam se balizar o preço de referência para proceder à eventual negociação com o primeiro colocado na ordem de classificação da licitação (art. 26). Dada essa assimetria, a ausência de um referencial de preços pode também dificultar a composição de cartéis em licitação.

Parece-nos sanadas as críticas aqui ventiladas e resta a Administração cuidar de fiscalizar com rigor os agentes públicos detentores das informações sigilosas acima descritas, sobretudo os órgãos de controle externo e interno, os quais transparece um confiança sem máculas, mas todos mortais.

3.3.3. A remuneração variável

A remuneração variável também foi outra ótima forma de melhorar a eficiência das contratações públicas trazidas pelo RDC. O novel mecanismo de licitações e contratações públicas traz a ferramenta em seu art. 10, *verbis*:

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

O artigo acima visa o entendimento de desempenho, que na acepção de Bruno Aurélio⁶²“(...)ao substantivo desempenho joga luz sobre a maneira como algo ou alguém atua, voltando-se ao exame da ação e do resultado com atenção a parâmetros considerados ótimos.”

Ou seja, visando o interesse público esta remuneração variável deverá buscar obter para a Administração Pública, com estipulação de metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega, a satisfação do Administrado pela melhor prestação dos serviços com o menor custo possível.

No dizer de Bruno Aurélio, justifica-se a estipulação de metas e objetivos⁶³:

(...) em razão do propósito da contratação pública, de melhor atendimento possível do objeto contratado. Avaliar a prestação enquanto e ao longo de sua ocorrência, premiando ou penalizando o seu executor, além de incentivar o

⁶²AURÉLIO, Bruno. A Previsão da Remuneração Variável do Contratado Sob o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael(coord). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC(Lei nº 12.462/2011; Decreto nº7.581/2011):aspectos fundamentais**. 2. ed. Rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p. 85.

⁶³Ibid.,p 85.

melhor comportamento possível, amplifica a velocidade de revisão e retomada do cumprimento ideal.

Já o decreto nº 7.581/2011 regulamenta a opção pela remuneração variável a fim de descrever objetivamente as margens de avaliação e critérios estabelecidos na avaliação dos itens de desempenho descritos no RDC e assim evitar arbitrariedades oriundas de objetivos diversos dos pretendidos.

Em seu art. 8º, XIV, o decreto regulamentador do RDC assim assinala, *verbis*:

Art. 8º. O instrumento convocatório definirá:
(...)

XIV - os critérios objetivos de avaliação do desempenho do contratado, bem como os requisitos da remuneração variável, quando for o caso;

O que se espera desta regulamentação é que o instrumento convocatório fixe, de maneira taxativa todos os critérios e juízos que serão utilizados na avaliação das empresas quando da utilização da remuneração variável.

Outra grande utilidade da remuneração variável é a solução para as questões de inadimplemento dos contratados quando a Administração Pública tem que promover a punição dos mesmos.

Nas vias de hoje, a precariedade da solução demanda tempo e não leva a finalidade pretendida que é a execução da obra, ou seja, demandará mais tempo e recursos para a satisfação da sociedade.

Como ensina Ribeiro, Prado e Pinto Júnior sobre o rigorismo do direito administrativo⁶⁴:

(...)atua no sentido de limitar sobremaneira a margem de tolerância do gestor público em relação às desconformidades contratuais da parte privada, ainda quando a contemporização seja recomendável sob o ponto de vista pragmático. Diante da mora do contratado, o gestor público vê-se compelido a instaurar desde logo o procedimento sancionatório. A iniciativa repressora pode culminar na imposição de penalidade pecuniária, sem afetar a continuidade do contrato, ou no limite acarretar a ruptura contratual definitiva. Tanto no cenário mais brando quanto no mais gravoso, a punição administrativa deve respeitar o princípio do contraditório e da ampla defesa, podendo ainda ser submetida ao crivo judicial.

⁶⁴RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; JÚNIOR, Mário Engler Pinto. **Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura Para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.p.81.

Daí referenda-se a falibilidade da medida tomada pelo administrador público, pois o tempo se esvaírá, não se conseguindo finalizar a obra no momento apurado nem a punição do contratado tem a eficácia pretendida.

A partir dessa constatação arremata os Professores⁶⁵:

O pagamento atrelado ao desempenho, quando corretamente contratado, não está sujeito às mesmas dificuldades. O processo de acerto financeiro entre contratantes é praticamente automático e, portanto, capaz de gerar efeitos imediatos. Daí porque a remuneração variável torna-se mais efetiva para assegurar a execução espontânea e tempestiva do objeto contratual, estimulando ainda o incremento do resultado final em benefício do poder público contratante, relativamente ao nível mínimo prometido pela parte privada.

O uso da remuneração variável se adequa perfeitamente a contratação integrada na medida em que ela, como descrevemos anteriormente, é sugerida para obras em que a contratação enseja que a empresa vencedora do certame não só construa, mas opere e mantenha o objeto contratado.

Ainda sobre a remuneração variável há questionamento de como adequar os valores remuneráveis aos valores orçamentários aprovados na fase interna do procedimento licitatório. O RDC diz que a remuneração deverá respeitar o orçamento fixado.

Os professores Ribeiro, Prado e Pinto Júnior afirmam a compatibilização⁶⁶:

A forma mais fácil de compatibilizar o sistema de remuneração variável, com as normas orçamentárias e financeiras, seria assumir que o pagamento devido ao contratado dar-se-á pelo valor máximo, que considera o atendimento integral de todos os indicadores de desempenho previstos no contrato. A variação da remuneração equivaleria a descontos sucessivos, de acordo com as métricas previstas no contrato, pelo eventual não atingimento dos níveis máximos dos indicadores contratuais. O pagamento maior, em razão do cumprimento de todos os indicadores, poderia ser pareado com a reserva orçamentária e utilizado como preço de referência.

Ou seja, o pagamento será definido colocando como valor máximo a ser despendido pela Administração o valor de referência do certame licitatório quando o contratado satisfizesse todos os indicadores e a partir de então se reduzem os valores de acordo com os descontos aferidos como mau desempenho em determinados itens da contratação.

⁶⁵RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; JÚNIOR, Mário Engler Pinto. **Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura Para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.p.81.

⁶⁶Ibid.,p.92.

O que mais preocupa na utilização da remuneração variável é a inexperiência do Poder Público nesta seara, seja na estipulação e objetividade dos critérios de desempenho, seja na aferição destes critérios.

A Administração Pública demanda, ainda, muita qualificação dos seus funcionários e, sobretudo, remuneração compatível dos agentes públicos que participam diretamente dos certames de contratações. No RDC, como os valores de referência são sigilosos, a remuneração dos agentes públicos deve ser tal, que pelo menos tente inviabilizar qualquer forma de corrupção para a obtenção de informações estratégicas.

Somos sabedores que em determinados órgãos públicos, os servidores que lidam diretamente com certames licitatórios sequer recebam qualquer remuneração por estarem à frente destes procedimentos.

3.3.4. Habilitação pós-julgamento

Tratando das fases imersas no RDC, a que mais chama atenção é a chamada habilitação pós-julgamento, pois revela à intenção de se proceder a habilitação do licitante após o resultado do julgamento das propostas, ou seja, após conhecer-se o vencedor do certame é que se verificará a sua habilitação ou não.

O RDC trás suas fases caracterizadas em seu art.12, *verbis*:

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

I - preparatória;

II - publicação do instrumento convocatório;

III - apresentação de propostas ou lances;

IV - julgamento;

V - habilitação;

VI - recursal; e

VII - encerramento.

Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

Verifica-se que, comparando com a Lei nº 8.666/93, a fase preparatória como sendo a fase interna e a partir da publicação do instrumento convocatório tem-se a fase externa. Pode-

se aventar a economia em procedimentos da fase interna, mas na melhor idéia de Motta e Bicalho⁶⁷:

O lado negativo é que a economia procedimental, caso mal compreendida, poderá elidir providências cautelares, como: a abertura de processo administrativo (art. 38 da LNL) e a audiência pública consoante o vulto da licitação (art. 39 da mesma lei).

A sumária redação do inciso I, omitindo a regra de abertura de processo, é em si despicienda, porque a processualização é pré-condição de qualquer atividade administrativa e, portanto, está implícita na fase preparatória. A designação de fase preparatória, aliás, remete à lei do pregão, 10.520/02, que assim denomina a abertura e instalação do processo licitatório.

Realmente não preocupa a economia ou talvez omissão descritiva da fase interna do novel instrumento administrativo, mas a nosso ver o legislador deixou-os para que a regulamentação cuidasse dessa fase explicitando, por não dizer esmiuçando as fases, as quais devem seguir o certame licitatório com ênfase no RDC.

Assim está descrito no art. 4º do regulamento do RDC, decreto nº 7.581/2011,

verbis:

Art. 4º Na fase interna a administração pública elaborará os atos e expedirá os documentos necessários para caracterização do objeto a ser licitado e para definição dos parâmetros do certame, tais como:

I - justificativa da contratação e da adoção do RDC;

II - definição:

a) do objeto da contratação;

b) do orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, conforme critério de julgamento adotado;

c) dos requisitos de conformidade das propostas;

d) dos requisitos de habilitação;

e) das cláusulas que deverão constar do contrato, inclusive as referentes a sanções e, quando for o caso, a prazos de fornecimento; e

f) do procedimento da licitação, com a indicação da forma de execução, do modo de disputa e do critério de julgamento;

III - justificativa técnica, com a devida aprovação da autoridade competente, no caso de adoção da inversão de fases prevista no parágrafo único do art. 14;

IV - justificativa para:

a) a fixação dos fatores de ponderação na avaliação das propostas técnicas e de preço, quando escolhido o critério de julgamento por técnica e preço;

b) a indicação de marca ou modelo;

c) a exigência de amostra;

d) a exigência de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação; e

e) a exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante;

V - indicação da fonte de recursos suficiente para a contratação;

⁶⁷MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.166.

- VI - declaração de compatibilidade com o plano plurianual, no caso de investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro;
- VII - termo de referência que contenha conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos;
- VIII - projeto básico ou executivo para a contratação de obras e serviços de engenharia;
- IX - justificativa da vantajosidade da divisão do objeto da licitação em lotes ou parcelas para aproveitar as peculiaridades do mercado e ampliar a competitividade, desde que a medida seja viável técnica e economicamente e não haja perda de economia de escala;
- X - instrumento convocatório;
- XI - minuta do contrato, quando houver; e
- XII - ato de designação da comissão de licitação.

Apesar de longo, preferimos aqui descrever o artigo acima para buscar maior amplitude em sua divulgação e para não deixar transparecer que o legislador quis pular fases, permitindo hermenêutica de alguns interpretes legislativos quando da promulgação de novas leis, tentando indicar quaisquer possibilidades de invalidação da nova lei.

A falhar aqui o legislador na omissão das audiências públicas já positivadas em nosso ordenamento administrativista e de certo modo bem aceita pelos destinatários de obras de grande porte, de modo que as administrações, nas aberturas dos processos de licitação em obras de grande impacto utilizando-se o RDC, mesmo sem o exigir, estão a garantir a prévia audiência pública, como a partir de então dizem Motta e Bicalho⁶⁸:

A experiência positivada agregada aos processos licitatórios por tais mecanismos informadores foi confirmada pelo prosseguimento de sua previsão no marco regulatório de setores específicos de infraestrutura. Edifica-se, assim, um cenário institucional favorável à adoção de decisões participativas no tocante às licitações públicas, tornando, de certa forma, irrelevante a omissão da Lei nº 12.462/11 quanto à matéria. Comprovando essa afirmativa, já se registra a abertura de consultas públicas voltadas para aplicação do próprio RDC, o que torna evidente a internalização administrativa de um procedimento já consagrado na legislação anterior.

A própria população, em determinadas obras, já está cobrando este tipo de interação com o Poder Público para que ele forneça todas as implicações do empreendimento no cotidiano da área atingida e que ele ouça sugestões, já que conhecem melhor a região e sabem de suas mazelas.

Partindo agora para análise da inversão de fase, temos como parâmetro a Lei nº 8.666/93, ou seja, esta lei pugna para que a habilitação seja feita antes da abertura das

⁶⁸MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC:Contratações para as copas e jogos olímpicos:Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p.170.

propostas. Daí a inversão de fase ser a possibilidade de ocorrer o inverso, a habilitação vir após a abertura dos envelopes.

Dizemos possibilidade, pois da leitura do parágrafo único do art.12 do RDC, desde que motivadamente, as fases poderão seguir o rito anterior. O legislador deixou tal possibilidade, mas em busca da celeridade, a nosso ver, será pouco utilizada quando do uso do RDC.

E quanto a sua legalidade, no pensamento de Marçal Justen Filho, analisando o art.43 da Lei nº 8.666/93 que prevê o procedimento a ser observado nas fases da licitação, menciona a competência concorrente de estados e municípios⁶⁹:

O que se pode admitir, no entanto, são variações introduzidas legislativamente, alterando a ordem procedimental e adequando as normas do art. 43 à solução consagrada. Essa questão envolve, de modo específico, a adoção de normas estaduais e municipais consagrando a inversão das etapas da licitação e a redação do art. 18-A, introduzida na Lei nº 8.987/1995 pela Lei 11.196/2005.

Ou seja, o mandamento do art. 43 mencionado não é tido como norma geral, desse modo podendo ser alterado na medida da competência legislativa concorrente de outros entes federativos.

De outro modo, grande parte da doutrina não corrobora do procedimento de habilitação pós-julgamento arguindo que o mesmo pode contaminar toda análise das propostas, principalmente quando de licitação em que a análise das propostas verifique técnica e não só preço.

De toda sorte verificamos mais vantagens que desvantagens e cabe aqui a deferência a Leonardo Coelho Ribeiro feita por Motta e Bicalho⁷⁰:

A medida proporciona diversos efeitos positivos, a saber:(i) economia procedimental, uma vez que a inversão pode ser capaz de exonerar a Administração Pública de analisar a habilitação de todos os concorrentes;(ii) mitiga a litigiosidade relativa aos documentos de habilitação que costuma ocorrer entre os licitantes nas licitações tradicionais, impedindo ou, ao menos, dificultando que isso sirva de barreira à entrada de outros licitantes;(iii) reforça a celeridade e eficiência do procedimento licitatório;e, ainda, (iv) dificulta a prática anticoncorrencial de cartelização, tendo em vista que reduz a possibilidade de comunicação entre os licitantes, que só terão suas identidades reveladas após o julgamento das propostas, conforme recomendação da

⁶⁹FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. São Paulo: Dialética, 2010.p.588.

⁷⁰Ribeiro apud MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC:Contratações para as copas e jogos olímpicos:Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p.175.

Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e parecer elaborado pela Secretaria de Desenvolvimento Econômico – SDE.

Como se vê, são inúmeras as vantagens da habilitação pós-julgamento. Quanto a preocupação da contaminação da análise das propostas apenas pelo preço, mais uma vez ratificamos o pensamento que a Administração Pública deve fazer bem feito o que lhe compete.

Caso seja necessária uma análise técnica, que esta seja feita da melhor maneira possível por pessoas com mais capacitação possível ou se motive, não optando assim pela habilitação pós-julgamento. Aliás, como dito anteriormente, esta opção é possível no próprio RDC, minimizando o receio da contaminação das propostas.

Outro ponto importante e facilitador da redução de lapso temporal na contratação pelo RDC, quando da habilitação pós-julgamento, é a fase recursal única, como de depreende do art. 27 a Lei nº 12.462/2011, *verbis*:

Art. 27. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor.

Parágrafo único. Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor.

Em que pese as críticas iniciais, como sempre críticas querendo denegrir qualquer inovação sem adentrar o mérito da lei, diz Motta e Bicalho⁷¹:

A fase recursal única abordada pelo art. 27 – contrariamente às notícias comumente veiculadas sobre o RDC – não alcança todos os tipos de procedimento licitatório. Aplica-se somente aos casos de habilitação pós-julgamento, erigidos em padrão preferencial pela Lei nº 12.462/11. Nessas hipóteses, a etapa recursal fica localizada logo após a habilitação do vencedor, e assume a análise dos recursos pertinentes, tanto à fase de julgamento das propostas ou lances, quanto à fase de habilitação (restrita ao vencedor).

A fase recursal, como utilizado na inversão de fases, sempre comparado ao RDC, compromete sobremaneira o aspecto temporal das contratações públicas de tal maneira que, em alguns casos, torna inviável a contratação, pois se prolonga no tempo que até o orçamento disponibilizado se esvai.

No caso do RDC, tanto os recursos sobre as propostas quanto sobre o vencedor do certame, serão analisados a um só tempo, com o intuito de esclarecer todas as dúvidas e possíveis impedimentos no resultado do processo licitatório.

⁷¹MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC:Contratações para as copas e jogos olímpicos:Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012,p.242.

CONCLUSÃO

O RDC, tema aqui deveras explanado e de certa forma averiguado quanto aos seus pressupostos e suas aplicações foi desenvolvido a partir da ótica da nossa Lei Geral de Licitações e de leis esparsas que cuidam da melindrosa tarefa das contratações por parte da Administração Pública.

A apresentação do novel instrumento de contratações públicas foi feita através de doutrina mais atualizada possível e na base formada pelos autores administrativistas de maior corpo no cenário Nacional, sobretudo no dizer dos princípios que norteiam a atividade administrativa.

O objetivo principal era avaliar a chegada da nova lei sobre contratações públicas ao nosso ordenamento jurídico, com maior ênfase na análise frente à Lei nº 8.666/93. Além disso, também foi objetivo do presente trabalho o processo legislativo do qual originou o RDC.

Como se trata de um tema novo, nosso esforço foi para encontrar doutrina sobre o novel instrumento de licitações e contratações públicas, passando, desse modo, para uma pesquisa mais ampla.

Verificou-se que o RDC é lei especial e como tal pode afastar lei geral, que é o caso da Lei nº 8.666/93. É lei especial, pois foi dirigido a lastrear determinadas obras de determinados eventos e programas bem definidos e ademais, não afasta totalmente a Lei Geral de Licitações, mas sim elenca quais pontos desta lei não podem servir ao RDC.

Na verdade, buscou o RDC eliminar alguns mecanismos que demandavam mais tempo e acrescentar outros com o objetivo de acelerar a execução dos empreendimentos para os quais a lei se originou.

Por outro lado, o processo legislativo do qual se emanou o RDC não pode, por si só, invalidar a lei. Em que pese a impertinência temática da Medida Provisória que o originou ser condenada pela Lei Complementar Federal nº 95/1998, esta lei não aplica qualquer sanção a inobservância ao tema da MP.

Constatamos a falta de planejamento da Administração Pública, pois o RDC só foi promulgado em 2011, ou seja, apenas dois anos antes do primeiro evento, a Copa das Confederações, em 2013.

Como consequência, as obras de mobilidade, alvo maior do RDC, não foram concluídas a tempo, levando para o mundo uma imagem não tão boa do País.

De todo o exposto no presente trabalho, concluímos que o RDC trouxe mecanismos proveitosos às contratações públicas, sobretudo na celeridade da execução das obras bem como na preocupação de se evitar corrupção nos procedimentos licitatórios, seja evitando ao máximo aditivos ou conluios para acerto de preços entre os licitantes.

Para concluirmos também que os proveitos do novo instituto só serão atingidos se a Administração Pública cuidar de sua parte, seja capacitando melhor seus servidores, seja melhorando a remuneração dos mesmos ou ainda criando gratificações para os membros das comissões de licitações. E que também, se faz necessário que os órgãos de controle interno e externo sejam mais rápidos e precisos na condução dos procedimentos administrativos que checam as fases internas e externas dos certames licitatórios.

Ressalte-se que este trabalho monográfico não tem a pretensão de esgotar o assunto, nem tampouco abranger a matéria em sua plenitude, até mesmo porquê as duas ADIs 4.645 e 4.655 que tramitam no STF, até a presente data, ainda não foram julgadas.

Isto nos causa estranheza, visto que as obras que estão sendo executadas sob o amparo do RDC envolvem grandes somas de recursos públicos, desse modo visualiza-se certo desprezo à seara pública e ainda causando insegurança jurídica aos que pretendem executar obras com amparo na nova lei.

Por fim, é dizer que o tema é de sobremaneira instigante e carece de mais desenvolvimento, sobretudo quando tivermos resultados das obras sob a égide do RDC com o objetivo de averiguar se as pretensões desta Lei foram atingidas, principalmente na comparação do tempo dispensado para estas contratações frente a outras que não a utilizam.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília,DF,Senado,1998.

BRASIL. **Decreto nº 7.581**, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm>. Acesso em 14.03.2013.

BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 26.06.2013.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 06.03.2013.

BRASIL. **Lei nº 12.462**, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 06.03.2013.

BRASIL. **Lei nº 12.688**, de 18 de julho de 2012. Autoriza a Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) a adquirir o controle acionário da Celg Distribuição S.A. (Celg D); institui o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (Proies); altera as Leis nºs 3.890-A, de 25 de abril de 1961, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.887, de 18 de junho de 2004, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.128, de 28 de junho de 2005, 11.651, de 7 de abril de 2008, 12.024, de 27 de agosto de 2009, 12.101, de 27 de novembro de 2009, 12.429, de 20 de junho de 2011, 12.462, de 4 de agosto de 2011, e 12.546, de 14 de dezembro de 2011; e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011_2014/2012/lei12688.htm>. Acesso em 06.03.2013.

BRASIL. **Lei nº 12.745**, de 19 de dezembro de 2012. Altera as Leis nºs 11.759, de 31 de julho de 2008, que autoriza a criação da empresa pública Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. - CEITEC, 11.578, de 26 de novembro de 2007, que dispõe sobre a

transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, e 12.462, de 4 de agosto de 2011, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei12745.htm>. Acesso em 06.03.2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**. Lei mineira n. 13.054/1998. Emenda parlamentar. Inovação do projeto de lei para tratar de matéria de iniciativa do chefe do poder executivo. Criação de quadro de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário e sua inserção na estrutura organizacional de secretaria de estado. Equiparação salarial com defensor público. Inconstitucionalidade formal e material. Ofensa aos arts. 2º, 5º, 37, inc. I, ii, x e xiii, 41, 61, § 1º, inc. II, alíneas a e c, e 63, inc. I, da constituição da república. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.113. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Dje, 20 Ago. 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14715298/ação-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2113-mg-stf>>. Acesso em 13.03.2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 3.449/04 do distrito federal. Proibição de cobrança de assinatura básica nos serviços de água, luz, gás, tv a cabo e telefonia. Inconstitucionalidade. Competência da união para legislar e prestar os serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (cf, art. 21, xi e xii, 'b', e 22, iv). Fixação da política tarifária como prerrogativa inerente à titularidade do serviço público (cf, art. 175, parágrafo único, iii). Afastamento da competência concorrente do estado-membro para legislar sobre consumo (cf, art. 24, v e vii). Usuário de serviços públicos cujo regime guarda distinção com a figura do consumidor (cf, art. 175, parágrafo único, ii). Precedentes. Serviços de fornecimento de água e gás. Princípio da separação de poderes. Reserva de administração (cf, art. 2º). Procedência do pedido. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.343. Relator: Ministro Ayres Brito. Dje, 21 Nov. 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20998043/ação-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3343-df-stf>>. Acesso em 10.07.2013.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael(coord). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC(Lei nº 12.462/2011; Decreto nº7.581/2011):aspectos fundamentais**. 2. ed. Rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. São Paulo: Dialética, 2010.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Rev., Ampl. e Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira. **RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; JÚNIOR, Mário Engler Pinto. **Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura Para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012.

PISCITELLI, Rui Magalhães. **RDC é um teste para os órgãos de controle da Administração**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-09/rui-piscitelli-regime-diferenciado-contratacao-testara-orgaos-controle>>. Acesso em 20 Fev.2013.